

الوَسْطِطُ فِي شَرْحِ الْقَانُونِ الْمَلِكِيِّ

المجلد التاسع

أَسْبَابُ كَسْبِ الْمِلْكِيَّةِ
مع الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية
(حق الانتفاع وحق الارتفاق)

وَلَدُ

الحياة والتراب العربي

تجديد - لبنان

الوسيط
في شرح القانون الملكي

(٩)

أسباب كسب الملكية

مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية
(حق الانتفاع وحق الارتفاق)

تأليف

عبد الرزاق محمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

ولر

لعمياء التزلزل العربي

سبيروت - لبنان

القسم الأول

اسباب كسب الملكية

تمهيد^(٥)

١ - التقسيم العلمى لأسباب كسب الملكية : يتم كسب الملكية بأسباب معينة . وأسباب كسب الملكية تقابل مصادر الالتزام . وكل من أسباب كسب الملكية ومصادر الالتزام يمكن تقسيمه تقسيما علميا ، يقوم على أساس واحد .

(*) مراجع عامة في التقسيم معا : بودرى وشوفرو الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ - بودرى

وتيسيه الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ - أوبرى درو وبارتان جزء ٢ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٥
وجزاء ٣ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨ - بيدان وفوران جزء ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ -
بلانيول وريبيروبيكار جزء ٣ سنة ١٩٥٢ - دى باج وديكرز جزء ٥ سنة ١٩٥٢
وجزاء ٦ سنة ١٩٥٣ - بلايول وريبيروبولانجيه جزء أول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٨ -
كولان وكايتان ودى لامورالدير جزء أول الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩٤٧ - جوسران
جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٨ - هنرى وليون وجان مازو دروس فى القانون المدنى جزء ٢
الطبعة الثانية سنة ١٩٦٢ - مارق ورينو جزء ٢ مجلد ٢ سنة ١٩٦٥ - كاربونيه جزء ٢
سنة ١٩٥٩ - أنسيكلوبيدى دالوز جزء أول سنة ١٩٥١ لنظ Accession وجزاء ٣ سنة ١٩٥٣
Occupation ولفظ Possession وجزاء ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ Prescription ولفظ Servitudes
وجزاء ٥ سنة ١٩٥٥ لفظ Usufruit ولفظ Usage-Habitation

محمد كامل مرسى جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فى الحقوق المنفردة عن حق الملكية وجزاء ٣
سنة ١٩٤٩ فى الاستيلاء والالتصاق والشفعة وجزاء ٤ سنة ١٩٤٩ فى الحيازة والتفادم
وجزاء ٥ سنة ١٩٥١ فى الميراث وتصفية التركة وجزاء ٦ فى الوصية - فى الشفعة وحق
استرداد الحصص المبيعة قبل القسمة الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٧ - شفيق شحاتة فى النظرية العامة
للحق العيى سنة ١٩٥١ - محمد حل عرفة جزء ٢ سنة ١٩٥٥ فى أسباب كسب الملكية - عبد
الفتاح عبد الباقى دروس فى الأموال سنة ١٩٥٦ (ورسالت بالفرنسية فى دور الحيازة فى
السنقول بباريس سنة ١٩٤٣) - عبد اسم السراوى فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية
سنة ١٩٥٦ - اسماعيل غانم مذكرات فى حقوق العينية الأصلية جزء ٢ سنة ١٩٥٨ - عبد النعم
فرج الصدة فى حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ - حسن كبرى فى مصادر الحقوق العينية
الأصلية (مذكرات حل الآلة الكاتبة) سنة ١٩٦٤ - منصور مصطفى منصور فى حق الملكية
سنة ١٩٦٥ - محمود جمال الدين زكى فى حسن النية فى كسب الحقوق رسالة بالفرنسية
الطبعة سنة ١٩٥٢ .

ذلك أن جميع مصادِر الحقوق ، عينية كانت أو شخصية ، بل جميع مصادر الروابط القانونيّة ، ترجع إما إلى الواقعة المادية (fait matériel) ، أو إلى التصرف القانوني (acte juridique) . وقد سبق أن بينا ذلك تفصيلاً . عندما عرّفنا لتقسيم مصادر الالتزام تقسيماً علمياً في الجزء الأول من الوسيط^(١)

وقد ذكر التقسيم المادي أسباباً سبعة لكسب الملكية : الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاف والعقد والشفعة والحيازة . فإذا أردنا تقسيم هذه الأسباب تقسيماً علمياً : فإنّ رجاءها إلى التصرف القانوني والواقعة المادية ، دخل العقد والوصية في نطاق التصرف القانوني ، ودخل الاستيلاء والميراث والالتصاف والشفعة والحيازة في نطاق الواقعة المادية .

أما العقد فهو تصرف قانوني صادر من الجانبين ، في حين أن الوصية تصرف قانوني صادر من جانب واحد .

والاستيلاء واقعة مختلطة (mixte) ، اختلطت فيها الحيازة المادية وهي عنصر مادي بإرادة المستولي في أنّ يتسلّك في الحال وهي عنصر إرادي . ولكن لعنصر المادي هنا هو المتغلب ، ومن ثمّ ألحق الاستيلاء بالوقائع المادية

والميراث سبب كسب الملكية فيه هو الموت ، والموت واقعة مادية

- وعند الإشارة إلى هذه المراجع قصدنا الإحالة إلى الطبعة المبيّنة أمام كل مرجع منها .
ونذكر هنا ما وقع في يدينا من المؤلفات التي تبحث في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني العراقي نرجع إليها من يشاء ليبحث في هذا الشأن : حامد مصطفى في الملكية وأسبابها بغداد سنة ١٩٥٣ والملكية العقارية في العراق (معهد الدراسات العربية العالية) سنة ١٩٦٤ - حسن علي الذنون في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٤ - شاكر ناصر حيدر في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٩ - صلاح الدين الناهي في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٦١ .

والالتصاق ، سواء كان التصاقا بعقار أو التصاقا بمنقول ، ليس إلا اتحاد شيء بآخر اتحادا ماديا . فيكسب صاحب الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعى . فالاتحاد المادى إذن هو سبب كسب الملكية ، والاتحاد المادى ليس إلا واقعة مادية .

والشفعة واقعة مركبة (complexe) ، اقترن فيها الشروع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وهذه واقعة مادية ، يبيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع . باعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى . فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانونى ، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة فى نطاق الوقائع المادية .

والحيازة هى السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق محل الحيازة ، ومن ثم تدخل الحيازة فى نطاق الوقائع المادية (١) .

٢ — التقسيم العملى لأسباب كسب الملكية : ولم يرد التقنين المدنى أن يأخذ بالتقسيم العلمى سالف الذكر ، إذ هو أقرب إلى التقه منه إلى التشريع ، وسلك فى تقسيم أسباب كسب الملكية سبيلا عمليا أقرب إلى الأذهان .

فيوز بين كسب الملكية ابتداء فى شيء لم يكن له مالك وقت كسب الملكية (mode originaire) ويتمثل ذلك فى الاستيلاء (occupation) ، وبين كسب الملكية تلقيا عن مالك سابق (mode dérivé) فتنقل الملكية من مالك إلى مالك آخر ، وهذا هو شأن أسباب كسب ملكية الأخرى غير الاستيلاء . وهذه الأسباب الأخرى إما أن تكون بسبب الوفاة ويتمثل ذلك فى الميراث (succession) والوصية (testament) ، أو فيما بين

الأحياء ويتمثل ذلك في الالتصاق (accession) والعقد (contrat)
والشفعة (préemption) والحيازة (possession) (١) .

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتصاق وحيازة سببان منشآن للملكية جديدة منبثة الصلة بالملكية القديمة التي كانت لذلك السابق ، فهما من هذه الناحية يشاركان الاستيلاء . من حيث إن كلا من هذه الأسباب الثلاثة ينشئ ملكية جديدة دون أن ينقل ملكية قديمة (بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٨٢٢ وفقرة ٢٨٢٤ - نرسون (Nerson) في أنسيكلوبيدي والتوز ٤ لفظ Propriété فقرة ٩٥ - فقرة ٩٧ - مازو ٢ فقرة ١٥٣٩ : فيما يتعلق فقط بتلك المنقول بالحيازة) . ويقول الأستاذ محمد حل عرفة في هذا المعنى : «وعلى هذا الأساس يكون الالتصاق والحيازة سببين منشئين للملكية لاناقلين لها ، إذ أن المالك الجديد لا يكتسب ملكية الشيء . بالا لتصاق أو بالتقادم بإرادة المالك السابق ، بل استناداً إلى حكم القانون . كما أن الملكية التي يكتسبها بأحد هذين السببين ملكية جديدة ، لكونها مستقلة تماماً عن الملكية السابقة» (محمد حل عرفة ٢ فقرة ٢ ص ٢ - ص ٣) .

والالتصاق ، في أكثر صوره ، يواجه مالكا سابقاً كان يملك المواد والأدوات التي التصقت بالأرض أو مالكا سابقاً كان يملك المنقول الذي امتزج بمنقول آخر ، فينقل ملكية هذه المواد أو هذا المنقول - هي ذاتها - إلى صاحب الشيء الأصل ، ولا ينشئ ملكية جديدة . ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة ، وتناوب في انتقالها . فإدام الشيء مملوكاً وكان باقياً لم يملك ، وإن تغيرت صورته ، فالملكية باقية . وإذا ملك الشيء مالك جديد ، فانما يكون ذلك بانتقال الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد ، لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها ويستوى في ذلك أن يبقى الشيء المملوك محتفظاً بشكله الأصل كما في الحيازة ، أو أن يتغير هذا الشكل كما في الالتصاق ، فما دم الشيء بائناً فإن الملكية تبقى دائماً ، والذي يتبدل هو المالك لا الملكية . ولا يوجد إلا سبب واحد هو الذي ينشئ الملكية لا ينقلها ، وهذا السبب هو الاستيلاء . فانه يواجه وقت أن يتحقق شيئاً لا مالك له ، فلم تكن هناك ملكية قائمة حتى تنتقل إلى مالك جديد ، ولم يعد بد من أن تكون الملكية التي كسبت بالاستيلاء هي ملكية مبتدأة ، لا ملكية انتقلت من شخص إلى آخر .

ومخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة ، كالعقد والشفعة ، سببان ناقلان للملكية فما بين الأحياء . كذلك الميراث والوصية سببان ناقلان للملكية ، ولكن بسبب الوفاة . وهذه الأسباب الناقلة للملكية جميعاً ، سواء كان نقل الملكية بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة ، بعضها ينقل الملكية مع استخلاف المالك الجديد لتلك القديم ، وبعضها ينقل الملكية دون استخلاف . فالأسباب التي تنقل الملكية مع الاستخلاف هي العقد والشفعة والميراث والوصية ، فالعقد والشفعة ينقلان الملكية إلى خلف خاص ، والميراث ينقلها إلى خلف عام ، والوصية تنقلها تارة إلى خلف خاص وتارة إلى خلف عام . أما الالتصاق والحيازة ، فإنهما ينقلان الملكية دون استخلاف . فالذي يميز الالتصاق والحيازة إذن عن غيرها من الأسباب الثلاثة للملكية ، ليس أنهما لا ينقلان الملكية ، بل هما ينقلانها ، ولكن دون استخلاف .

وكانت المادة ٦٦/٤٤ من التقنين المدني السابق تعدد أسباب كسب الملكية ، فنص على أن « تكتسب الملكية والحقوق العينية الأخرى بالأسباب الآتية وهي العقود ، الهبة ، الميراث والوصية ، وضع اليد ، إضافة الملحقات للملك . الشفعة ، مضى المدة الطويلة » . فلم يتوخ هذا التقسيم أى ترتيب منطقي ، ولم يخل من التكرار إذ ذكر العقود وذكر إلى جانبها الهبة والهبة ليست إلا عقداً ، وسمى الاستيلاء « بوضع اليد » فأوجد لبساً ما بين الاستيلاء والحيازة . وعندما عرض للحيازة سببها « مضى المدة الطويلة » والحيازة أوسع بكثير من ذلك ، وأطلق على الالتصاق عبارة « إضافة الملحقات إلى الملك » وفي هذه التسمية شيء من الإغراب والإيهام . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « رتب المشروع هذه الأسباب ترتيباً منطقياً دون أن يعددها ، وهذا

— وهذا هو الذى يفرض أن المالك الجديد ، في الالتصاق والحيازة ، لا يخلف المالك السابق في ملكيته ، لا خلافة عامة ولا خلافة خاصة ، فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق (قارن الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٥٠ ص ٦٠٦ ملاحظ ٣) .

ويكون غير واضح في نظرنا إذن تقسيم الأستاذ محمد على عرفة لأسباب كسب الملكية إلى أسباب منشطة للملكية وهي الاستيلاء والالتصاق والحيازة ، وأسباب ناقلة للملكية وهي العقد والشفعة ، وأسباب خلافة في الملكية وهي الميراث والوصية . ذلك بأن الالتصاق والحيازة هما سببان ناقلان للملكية لا منشآت لها ، وإنما يتميزان بأنها ينقلان الملكية دون استخلاف كما قدما . وذلك بأن أسباب الخلافة في الملكية ليست فحسب هي الميراث والوصية ، إلا إذا أريد بالخلافة الخلافة العامة دون الخلافة الخاصة ، وحتى في هذا المعنى لا تنحصر الوصية بسبب خلافة عامة . بل قد تكون سبب خلافة خاصة وهذا هو الغالب . وإنما أسباب الخلافة في الملكية ، سواء كانت خلافة عامة أو خلافة خاصة ، هي جميع الأسباب الناقلة للملكية فيما عدا الالتصاق والحيازة ، فتكون أسباب الخلافة إذن هي العقد والشفعة والميراث والوصية . فكان الأولى إذن أن يقدم الأستاذ محمد على عرفة الأسباب إلى منشئة وهي الاستيلاء وحده ، وذقة دون استخلاف وهي الالتصاق والحيازة ، وذقة مع الاستخلاف وهي العقد والشفعة والميراث والوصية . فيستبدل عن هذا سحر تقسيم أسباب الناقلة لملكية إلى ذقة مع الاستخلاف وذقة دون استخلاف ، بتقسيمها إلى ذقة لملكية فيما بين الأحياء وذقة لملكية بسبب الوفاة . وقد كان تقسيم الأسباب الناقلة لملكية إلى ذقة لملكية فيما بين الأحياء وذقة لملكية بسبب الوفاة هو ، من الناحية العملية ، تقسيم أكثر وضوحاً من التقسيم القائم على فكرة الاستخلاف ، فقد أرىه التقنين المدنى .

بمخلاف التقنين الحالي (السابق) (م ٤٣ / ٦٦) فقد عددها دون أن يرتبها ترتيباً منطقياً . وقد ميز المشروع بين كسب الملكية ابتداء ، أى دون أن يكون لها مالك سابق تنتقل منه . ويكون هذا بالاستيلاء ، وبين كسبها انتقالاً من مالك سابق . والكسب انتقالاً قد يكون بسبب الوفاة ويتم هذا بالميراث والوصية ، أو يكون انتقالاً بين الأحياء ويتم ذلك بالالتصاق والعقد والشفعة والحيازة . ولم يعرض المشروع في هذا المكان للهمة كما فعل التقنين الحالي (السابق) . فهي كسب من أسباب انتقال الملكية تدرج في العقد . ولا محل لإفرادها بالذكر . وهي كعقد مسمى لها أحكام مفصلة يجب أن توضع في مكانها بين العقود المسماة ، وهذا ما فعله المشروع « (١) .

وأساب كسب الملكية التي ذكرها التقنين المدني هي أسباب عامة شاملة . فهي عامة ، إذ هي لا تقتصر على الملكية وحدها ، بل تناول سائر الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفاع وحق الارتفاق . وقد كانت واردة في المشروع التمهيدى بعد الحقوق المنفرعة عن الملكية ، حتى تعم حق الملكية والحقوق العينية المنفرعة عنه . فرأت لجنة المراجعة أن تقدمها في الترتيب وتجعلها تالية مباشرة لحق الملكية ، لأنها متفقة جميعها في حق الملكية ولا تتحقق جميعها في الحقوق المنفرعة عنه ، وما يتحقق منها في هذه الحقوق منصوص عليه في كل حق (٢) . وهذه الأسباب هي أيضاً شاملة ، فهي قد حصرت جميع أسباب كسب الملكية . وبإلا حظ في هذا الصدد أن الملكية قد تنتقل جبراً على صاحبها بإرادة من تنتقل إليه دون إرادة المالك نفسه ، وأبرز ما تكون هذه الظاهرة في الشفعة وهنا ، حتى تكون الأسباب شاملة حقاً ، يجب أن نلحق بالشفعة ما يماثلها في نفس الظاهرة . ونذكر من ذلك استرداد حصة الشفعة البيعة قبل النسمة ، واسترداد الحق المنازع فيه ، واشتراك الجار في الجزء المعلى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٥ هامش ١

من الحائط المشترك . والمزاد الجبري عند تنفيذ الدائن على أموال المدين
أو عند قسمة التصفية . ونزع الملكية لمنفعة العامة . والتأمين ، والمصادرة (١) .
وهذه الأسباب كلها مذكورة في مواضعها . فلا نعود إليها هنا (٢) .

٣ — خطة البحث : ونسأير التقنين المدني في تقسيمه العمل لأسباب
كسب الملكية . فهو تقسيم واضح . ونبحث هذه الأسباب في أبواب
ثلاثة : نفرد الباب الأول منها لكسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء ،
ونجعل الباب الثاني لكسب الملكية بسبب الوفاة فنبحث الميراث والوصية ،
ونخصص الباب الثالث لكسب الملكية فيما بين الأحياء فنبحث الالتصاق
والعقد والشفعة والحيازة .

(١) بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٨٤١ - فقرة ٢٨٤٢ - وقد افترضوا أن
نسمى هذه الطائفة من الأسباب « أسباب انتقال الملكية جبراً على صاحبها »

modes dérivés d'acquisition non volontaire

(٢) أنظر أيضاً في كسب الصانع للملكية ما يصنعه كمن يصنع طائرة أو باخرة فيملكها

بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٨٢٦

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء الاستيلاء

(Occupation)

٤ — التمييز بين المنقول والعقار : الاستيلاء ، كسب الكسب الملكية ، يفترض أن الشيء الذى نكسب ملكيته ليس له مالك وقت الاستيلاء . وعلى ذلك لا يرد الاستيلاء إلا على الأشياء ، فلا يرد على الأموال إذ وقت الاستيلاء كان الشيء لا مالك له ، فهو شيء لا مال ، ويصبح مالا بالاستيلاء (١) .

ويندر أن توجد أشياء لا مالك لها فى المجتمعات المتحضرة ، أما فى المجتمعات البدائية التى لم تستغل مواردها الاقتصادية ، وفى المجتمعات الجديدة الناشئة ، وفى البلاد الصحراوية ، فكثير من أشياءها يكون لا مالك له ، ومن ثم يرد عليه الاستيلاء .

وإذا كان الشيء الذى لا مالك له نادرا فى المجتمعات المتحضرة ، فهو فى العقار أندر منه فى المنقول . ذلك أن العقار تقبل الناس على تملكه ، فلا يكاد يبنى عقار لا مالك له . وإذا بقيت أراض غير مزروعة فى الصحراء أو فى الجبل لا مالك لها ، فيغلب أن يتدخل المشرع ويعتبرها ملكا للدولة ، كما فعل المشرع المصرى عندما نص فى المادة ٨٧٤ / ١ مدنى على أن « الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة » (٢) . لذلك يجب التمييز ، فى الاستيلاء ، بين المنقول والعقار .

(١) محمد حل مرفقة ٢ فقرة ٨ ص ١١ .

(٢) أما المشرع الفرنسى فقد نص فى المادة ٧١٣ مدنى فرنسى على أن « الأشياء التى ليس لها مالك تكون ملكا للدولة » . ونص أيضاً فى المادة ٨٣٩ مدنى فرنسى على أن « الأشياء السائبة التى لا مالك لها ، وأموال من يموت دون وارث أو من تخل الوارث من تركته ، تدخل فى الترمين العام » . ولكن هذه النص ص فى فرنسا على أنها مقصورة على العقار .

المبحث الأول

الاستيلاء على المنقول

٥ — المنقول الذي لا مالك له — نص قانوني : يقع في بعض الأحيان أن يكون المنقول ليس له مالك . إما بألا يكون له مالك منذ البداية ، أو بأن يكون له مالك ثم يتخلى هذا عن ملكيته فيصبح المنقول لا مالك له .

مثل المنقول الذي لا يكون له مالك منذ البداية (*res nullius*) :
الأمشياء المشتركة (*res communes*) ، والسلك في الماء ، والطير في الهواء ،
والحيوانات غير الأليفة .

وقد يكون للمنقول مالك ، ثم يتخلى هذا عنه ، وقد نصت المادة
٨٧١ / ١ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « يصبح المنقول لا مالكاً

— دون المنقول ، فالمعار الذي لا مالك له هو وحده الذي يكون ملكاً للدولة فلا يجوز تملكه
بالاستيلاء (بلانيول وريبيروبيكان ٣ فقرة ٦٣ و فقرة ٥٩٠) . أما المنقول فيجوز ألا
يكون له مالك ، ومن ثم يجوز تملكه بالاستيلاء (بلانيول وريبير ، بيكار ٣ فقرة ٦٣ ص ٦٧) .
وقد كان مشروع التقنين المدني الفرنسي الصادر في سنة ١٨٠٤ يحمل كلا من المعار والمنقول
إذا لم يكن له مالك ، ملكاً للدولة ومن ثم كن هذا المشروع لا يقر الاستيلاء سبباً لكسب
الملكية ، وكانت إحدى مواد هذا المشروع تنص على ما يأتي :

« لا تعترف القوانين المدنية بالحق في الاستيلاء ، والأمشياء التي لم يكن لها مالك أصلاً ،
أو التي أصبحت لا مالك لها لتخل أصحابها عنها ، تكون ملكاً للأمة . ولا يجوز لأحد أن يتسلكها ،
إلا بحيازة كافية لتملك بالتقادم » (فنية ٢ ص ١٢٤) . ولكن هذا النص حذف من المشروع ،
بناء على ملاحظة قدمتها محكمة استئناف باريس ، واستندت فيها إلى أن بعض الصناعات
industrie des chiffonniers تقوم على التقاط المخلفات والمنقولات التي يتخل عنها أصحابها ،
فتحولها إلى ورق أو إلى مواد أخرى ذات قيمة . وقد استبدل بعض المحررين نص المادة
٧١٣ مدني فرنسي سالف الذكر . وأصبح مسلماً في القانون الفرنسي أن هذه المادة
الأخيرة مقصورة على المعار دون المنقول كما سبق القول . وقد أكدت لجنة تنقيح التقنين
المدني الفرنسي هذا المعنى ، عندما عدلت في مشروع تنقيحها المادة ٧١٣ مدني فرنسي على
الوجه الآتي « المعارات التي ليس لها مالك تكون ملكاً للدولة » (لجنة تنقيح التقنين المدني
الفرنسي سنة ١٩٤٦ - سنة ١٩٤٧ ص ٨١٧ - ص ٨٢٠ و ص ٨٣٠) .

له ، إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته « (١) . فإذا تخلى مالك المنقول عنه بقصد النزول عن ملكيته ، فقد هذه الملكية وأصبح المنقول ليس له مالك ، ومن ثم يجوز لأي شخص أن يتملكه بالاستيلاء . مثل ذلك أن يلتقي شخص في الطريق ، أو في سلة المهملات لتلقى في الطريق ، أوراقا أو أشياء أصبحت غير ذات نفع له ، قاصدا بذلك النزول عن ملكيتها (٢) . ومثل ذلك أيضا أن يحوز شخص حيوانا غير أليف فيتملكه بالاستيلاء ، ثم يطلقه متخليا عن ملكيته فيفقددها ، ثم يعود إلى حيازته مرة أخرى فيعود إلى تملكه بالاستيلاء . ومثل ذلك أخيرا الطير والأثرية التي تستخرج من باطن الأرض وتلقى على قارعة الطريق ، كما إذا حفر شخص خندقا في أرضه أو طهر ثرعة أو مصرفا .

ويشترط في التخلي الذي يفقد المالك ملكية المنقول أن يكون متوافرا على عنصرين : (١) عنصر مادي ، هو ترك المنقول يخرج من حيازته . (٢) وعنصر معنوي ، هو نية النزول عن ملكية المنقول ، وقد نستخلص هذه النية من الظروف كما هو الأمر في إلقاء الأشياء في الطريق أو في إطلاق الحيوان غير الأليف بعد اعتقاله ليعود إلى حرته . وعلى ذلك إذا ضاع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٢ / ١ من المشروع التمهيدى ملوجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يستعمل لفظ «سائبة» بدلا من عبارة «لا مالك له» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١/٩٤٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٩٤٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لا مالك له» بلفظ «سائبة» ، وذلك «دفعاً للشبهة التي تتبادر إلى الذهن من دلالة السائبة في الإسلام» ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١/٨٧١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٨ - ص ١٩٠) . ولا مانع للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ١/٨٢٩ (مطابق)

التقنين المدني الليبي م ١/٨٧٥ (مطابق)

التقنين المدني العراقي م ١١٠٤ (موافق)

قانون الملكية المقاراة اللبنانية لا مقابل .

(٢) أنظر مايل فترة ١٠ .

منقول من ماله ، فان المالك لا يعتبر متخلياً عن ملكيته ، فهو إذا كان قد فقد حيازته فان ذلك لم يقترن عنده بنية النزول عن الملكية (١) .

وفيه من نص المادة ٨٧١ / ٢ مدني ، عن طريق التدليل العكسي ، أن العقار لا يجوز أن يتخلى ماله عنه ، إذ النص مقصور على المنقول . فن تخلى عن عقار ، قاصدا النزول عن ملكيته ، تخلصاً من الضرائب مثلاً أو من أحكام قانون الإصلاح الزراعي ، فان العقار يبقى بالرغم من ذلك على ملكيته ، فلا يفقد هذه الملكية ، ولا يؤول العقار للدولة .

٦ - كيف يتم الاستيلاء على المنقول الذي لا مالك له - نص قانوني .

نص المادة ٨٧٠ مدني على ما يأتي :

« من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ، ملكه » (٢) .
ويخلص من هذا النص أن للاستيلاء أركاناً ثلاثة ، إذا اجتمعت تحقق الاستيلاء وكان سبباً لكسب الملكية :

أولاً - منقول لا مالك له : وقد رأينا فيما تقدم (٣) . أن المنقول الذي لا مالك له إما أن يكون كذلك منذ البداية ، أو أن يكون له مالك في أول

(١) وإذا توافر التصرف المادي والمنعوى في التخل ، أصبح المنقول لا مالك له ، وسقطت ملكية صاحبه . ولا يشترط لسقوط الملكية أن يستول أحد على المنقول ، بل إن مجرد التخل مستط للملكية (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٢ ص ٤١٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٧ - ص ١٨٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٧٩ / ٥٦ : الأموال التي ليس لها مالك تعتبر ملكاً لأول واضع يده عليها . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدني السوري م ٨٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٩٨ / ١ (موافق) .

قانون الملكية المقارية اللبناني لا مقابل .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥ .

الأمر ثم يتخلى هذا المالك عن ملكيته . ففي الحالتين يرد الاستيلاء على هذا المنقول الذى لا مالك له ، فيكون سبباً فى كسب ملكيته لمن وضع يده عليه . ويجب أن يكون المنقول مادياً . فالمنقول المعنوى لا يرد عليه الاستيلاء . فلو أن شاعراً نظم شعراً ، ولم يرض عنه فألقى الورقة التى كتب فيها هذا الشعر فى الطريق بنية النزول عن ملكيته للورقة وعن حقه المعنوى فى الشعر الذى نظمته ، فالتقط الورقة عابر فى الطريق واستولى عليها ، فانه يملك بالاستيلاء الورقة وحدها دون الحق المعنوى للشاعر فى شعره . ومن ثم لا يجوز لمن استولى على الورقة أن ينشر الشعر : وأن يستعمل فى شأنه حق المؤلف المالى بدعوى أنه كسب هذا الحق بالاستيلاء ، وذلك لأن حق المؤلف المالى منقول معنوى ، وليس منقولاً مادياً حتى يمكن أن يرد عليه الاستيلاء . وقد وقع مثل ذلك فعلاً فى فرنسا . فزق مصور الصورة التى رسمها ولم يرض عنها ، وألقى بها فى الطريق ، فالتقطها أحد المارة . ففضى بالألا حق له فى جمع شتات أجزاء الصورة وإعادةها إلى أصلها وبيعها ، إذ اعتبر بيع الصورة هنا بعد جمع شتاتها نشر للصورة^(١).

ثانياً - وضع اليد على هذا المنقول : وهذا هو العنصر المادى للحيازة . يجب حتى يتحقق الاستيلاء أن يستحوذ من يريد تملك المنقول عليه ، فيصبح فى قبضة يده ، ويستأثر به دون سائر الناس^(٢) .

ثالثاً - نية التملك : وهذا هو العنصر المعنوى للحيازة . فيجب إذن على من يريد تملك المنقول بالاستيلاء أن يجمع بين عنصرى الحيازة المادى

(١) محكمة السين المدنية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ واللوز ١٩٢٨ - ٢ - ٨٩ - باريس ٦ مارس سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ - ٢ - ٨٨ - بلا نيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٥٩٢ ص ٦٠٣ هاش ٢ - وأنظر أيضاً محمد على عرفة ٢ فقرة ١٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٢ ص ١٥ : - اساميل غانم ص ٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٢ - حسن كيرة ص ٨٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٠ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٢) وتنص المادة ١٠٩٨ مدنى عراقى على مايق : « ١ - كل من أحرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ، ملكه . ٢ - والإحراز يكون حقيقياً بوضع اليد حقيقة على لئى ، كحصد الكلا والاحتطاب من أشجار الجبال . ويكون حكماً بقرينة سبب الإحراز كوضع إناء بلعم ماء المطر أو نصب شبكة للصيد » .

والمعنوى . فيصبح حائزا للمنقول ، وهذه الحيازة هي عين الاستيلاء . فلو التقط شخص منقولا ملقى في الطريق مدفوعا بعامل الفضول ، ولما تأمله زهد فيه وألقاه ثانية في الطريق ، فإنه لا يملكه بالاستيلاء لفقد العنصر المعنوى للحيازة وهو نية التملك . ولما كانت نية التملك واجبة ، فإن عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون لا يستطيع أن يملك منقولا بالاستيلاء . لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز .

ونرى من ذلك أن الحيازة وحدها هنا ، غير مقترنة بأية واقعة أخرى ، تكفى للتملك . ويرجع ذلك إلى أن الشيء الذي يرد عليه الاستيلاء هو منقول لا مالك له كما قدمنا . فتملكه لا يتضمن سلبا للملكية الغير ، ولذلك كانت الحيازة وحدها كافية . أما إذا كان المنقول مملوكا لشخص غير الحائز . فالحيازة وحدها لا تكفى . بل يجب أن يقترن بها السبب الصحيح وحسن النية . فإذا كان الشيء عقارا ومملوكا لشخص غير الحائز . وجب لتملكه إلى جانب الحيازة انقضاء مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة ، أو انقضاء مدة التقادم القصير وهي خمس سنوات على أن يقترن بذلك أيضا السبب الصحيح وحسن النية . كذلك في تملك الثمار بالحيازة ، يجب أن تقترن الحيازة بحسن النية .

وننتقل الآن إلى بعض تطبيقات للاستيلاء ، ورد أكثرها في التقنين المدني ، ونميز فيها بين المنقول الذي ليس له مالك منذ البداية ، فنعرض للشيء المشترك ولصيد البر والبحر وللحيوانات غير الأليفة ، وبين المنقول الذي كان له مالك ثم أصبح لا مالك له ، فنعرض للأشياء المتروكة وللكنز وللقطة (الأشياء الضائعة) وللأشياء الأثرية وللركة التي لا وارث لها .

§ ١ - المنقول الرزى له مالك منذ البراءة

٧ - الشيء المشترك : هناك أشياء مشتركة النفع لجميع الناس ، كالشمس والهواء والبحر . وهي غير قابلة للتعامل فيها ، لاستحالة هذا التعامل .

ولكن قد يصبح التعامل في هذه الأشياء ممكناً من بعض النواحي ،
فعند ذلك تصبح منقولا ليس له مالك ، ويجوز تملكها بالاستيلاء . (١)
فأشعة الشمس يمكن أن يحصرها الفوتوغرافى ، والهواء يمكن أن يستعمله
الكيمائى فى أغراضه ، والبحر يمكن أن يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون
محلا للملك (٢) ، فكل من الفوتوغرافى والكيمائى ومغترف الماء من
البحر يملك بالاستيلاء ما أحرزه من كل ذلك بنية تملكه (٣) .

٨ - صير البر والبحر - نهى قانونى : تنص المادة ٨٧٣ مدنى
على ما يأتى :

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٥٣٩ .

(٢) كما لو أحرز شخص أو شركة مقدراً من ماء البحر لاستخراج الملح منه ، فإنه
يملك هذا المقدار من ماء البحر (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤١ ص ٢٤٧) .

(٣) الوسيط ١ فقرة ٢٢٧ - وقد جاء فى التقنين المدنى المرقى نصوص لا مقابل لها
فى التقنين المدنى المصرى ، بعضها يتعلق بالماء والكلا والنار (وهى أشياء ثلاثة تشترك فيها
كل الناس ، وقد تعتبر شيئاً عاماً أو شيئاً مباحاً) ، وبعضها يتعلق بالأشياء المباحة ، كاختطاع
الأشجار والأحطاب والأشجار من الجبال المباحة ، وكرعى المواشى فى المراعى المباحة .
ونورد فيما يلى هذه النصوص :

م ١٠٩٩ : ١ - الماء والكلا والنار مباحة ، والناس فى هذه الثلاثة شركاء
فيجوز لهم الانتفاع بها ، وإحراز الماء والكلا بشرط عدم الضرر . ٢ - ويعتبر مباحاً
الكلا الثابت فى ملك شخص بغير قصد ، ولكن لماك أن يمنع الغير من الدخول فى ملكه .
٣ - ولإنسان والحيوان حق الشفة فى الماء الذى لم يحرز ، وفى المساقى والقنوات المملوكة
لغير بشرط عدم الضرر .

م ١١٠٠ : ١ - يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة ، إذا لم تكن من
الغضب والندبات المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات أشجاراً وأحطاباً وغير
ذلك من المواد التى يحتاج إليها فى البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته .
٢ - وإذا وجد داخل حدود قرية مرعى من غير المراعى المختصة من قديم بأهل القرى
والقصبات ، فيجوز لأهل هذه القرية أن يزرعوا فيها مواشيهم ، وأن ينتفعوا بنباتاته ، من
غير أن يؤدوا شيئاً من الرسوم . ويجوز لغير أهل القرية ، إن لم يكن مضرراً بأهلها ، أن
يرعوا مواشيهم فى هذا المرعى ، وأن ينتفعوا بنباتاته ، وفق ما يميزه القانون .

« الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة » (١) .

وندع جانباً القوانين واللوائح الكثيرة التي تنظم الصيد ، فهي تعرض لمسائل تفصيلية تدخل في « باحث القانون الإداري » (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٤ من المشروع التمهيدى مل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه المراجعة تحت رقم ٩٤٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٣ - ص ١٩٤) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق المادة ٨٣/٥٩ : يتبع في حقوق الصيد في البر والبحر منطوق اللوائح المخصصة بها . (وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد)

ويقابل في التقنينات ائندنية العربية الأخرى التقنين المدنى السورى م ٨٣١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٠٣ (مطابق) .

م ١١٠٢ :

١ - الصيد مباح براً وبحراً ، ويجوز اتناذه حرقة . ٢ - وشرط الصيد أن يتمتع الحيوان عن الإنسان بقدرته على الفرار ، ثم يحمرزه الصائد بعمله قاصداً صيده .
قانون الملكية المقاربية للبنانى لا مقابل .

(٢) مثل ذلك لائحة الصيد الصادرة في ٤ أغسطس سنة ١٩١٢ - ومثل ذلك الرسوم بقانون الصادر في ٢١ أبريل سنة ١٩٢٦ والخاص بصيد الأسماك في البحيرات والمياه الداخلية والمياه البحرية وقناة السويس وبالملاحة في البحيرات الداخلية . وقد عدل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٤٨ ، وبالقانون رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٥٣ (بشأن صيد الإسفنج) ، وبالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٤١٩ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٥٥٧ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٤ ، وبالقانون رقم ٣٥٧ لسنة ١٩٥٤ ، وبالقانون رقم ٧٠٣ لسنة ١٩٥٤ - ومثل ذلك القانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٥٤ بالإذن لوزير الحربية في منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة الغربية من المياه البحرية المصرية ، والقانون رقم ٢٩٤ لسنة ١٩٥٦ بالإذن لوزير الحربية في منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة الغربية من المياه الإقليمية البحرية ، والقانون رقم ٦٨٨ لسنة ١٩٥٤ بالإذن لوزير الحربية في منح حق استغلال صيد الأسماك والمحار والبط والأوز والسمان ببعض البحيرات السورية - ومثل ذلك الحرس القانونى الصادر في ١٠ مايو سنة ١٩٥٦ بتقرير بعض غظورات عن صيد الأسماك . معدل بقانون رقم ٢٣٢ سنة ١٩٥٣ - ومثل ذلك الرسوم الصادر في ٢١ يونيو سنة ١٩٥٨ بإنشاء مجلس استشارى لصياد - ومثل ذلك القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٣ بحظر صيد بعض الحيوانات البرية .

وحذه التشريعات إنما تنظم حق ممارسة الصيد كهنة . أما حق تملك ما يصاد فهذه مسألة من مسائل التقنين ائندى . وكذلك حق الصيد باعتباره من متعلقات حق الملكية .

وتبقى الناحية المدنية ، فالطير في الهواء والسماك في الماء منقول لا مالك له منذ البداية ، فيجوز لمن يستولى عليه أن يملكه بالاستيلاء . والاستيلاء هنا هو صيد الطير أو السمك ، فالصائد إذا صاد طيراً أو سمكاً وأصبح في قبضة يده ، فقد ملكه .

والأصل في صيد الطير أن حق الصيد في أرض يملكه صاحب هذه الأرض . فإذا كانت الأرض شائعة ، كان لكل مالك في الشيوع حق الصيد فيها ، أما النزول للغير عن حق الصيد فيقتضى رضاء جميع الملاك في الشيوع (١) . وإذا ترتب على الأرض حق انتفاع ، فالمنتفع هو الذي يكون له حق الصيد (٢) . أما المستأجر للأرض فلا يكون له حق الصيد فيها ، إلا باتفاق خاص (٣) . فإذا كان الصيد في طريق عام ، فهو مباح للجميع ، بشرط مراعاة القوانين واللوائح التي تنظم هذا الحق . ولا يجوز ترتيب حق ارتفاق بالصيد ، فحق الارتفاق لا يترتب لمصلحة شخص وإنما يترتب لمصلحة عقار (٤) . ولكن يجوز لإيجار حق الصيد ، وتسرى عليه أحكام عقد الإيجار (٥) . ويكون لإيجار حق الصيد تبعاً لإيجار الأرض ، أو مستقلاً عنها . وعلى ذلك يكون لمالك الأرض أن يوجر حق الصيد فيها مستقلاً عن الأرض ذاتها ، فيستبقى لنفسه الانتفاع بالأرض ويوجر حق الصيد فيها لآخر ، كما له أن يوجر الأرض لشخص وحق الصيد

(١) نقض فرنسي جنائي ١٩ يونيو سنة ١٨٧٥ داللو ٧٧ - ١ - ٢٩٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص ٦٠٤ .

(٢) أوبري ورد ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٣٥ - وانظر مايل فقرة ٤٩١ في الهامش .

(٣) نقض فرنسي ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٨ داللو ٩٨ - ١ - ٥٦٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص ٦٠٤ .

(٤) نقض فرنسي جنائي ٩ يناير داللو ٩١ - ١ - ٤٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ٥٩٥ ص ٦٠٦ .

(٥) أنظر مايل فقرة ٥٧٤ - وانظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ - وحق الصيد يكاد يكون مثلاً هذا الحق يجوز إيجاره ولا يجوز بيعه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٥ ص ٦٠٧ - أنظر مع ذلك نقض فرنسي جنائي ٣ يناير سنة ١٩٢٥ داللو الأسبوعي ١٩٢٥ - ١٠٠ في النزول عن حق الإيجار الجمعية) . ويلاحظ في هذا الصدد أن الوقت هو أيضاً يجوز إيجاره ولا يجوز بيعه .

لشخص آخر ، وله أخيراً أن يوجر الأرض ويستبقى حق الصيد لنفسه .
 وإذا أجر صاحب الأرض حق الصيد : لم يجوز له أن يصطاد بنفسه أو أن
 يسمح لأحد آخر بالصيد ، لأن هذا الحق قد أجره ونزل بذلك عن حق
 الانتفاع به . أما إذا سمح صاحب الأرض بالصيد فيها لآخر ولو بمقابل ،
 فهذا السماح لا يعتبر إيجاراً بل عقداً غير مسمى تعهد به صاحب الأرض
 بالامتناع المتعاقد الآخر من الصيد في أرضه ، وهذا العقد غير المسمى
 لا يمنع صاحب الأرض من الصيد في أرضه ، ولا يمنعه أيضاً من السماح
 لأشخاص آخرين بالصيد (١) .

ويتحقق الاستيلاء على الطير بصيده ووقعه ميتاً ولو في أرض
 الغير وإحرازه . ولكن ليس من الضروري لتحقيق الاستيلاء الإحراز
 المادى للطير ، فالمسلم به أنه يكفي أن يقع الطير ميتاً أو مجروحاً جرحاً
 قاتلاً بحيث لا يستطيع توقي مطاردة كلاب الصيد له ولا يستطيع الفرار
 منها ، فيكون إحرازه أمراً محققاً وشيك الوقوع (٢) . أما إذا كان الطير
 لم يجرح جرحاً قاتلاً وكان يستطيع الفرار ، فقبل إحرازه لا يتحقق
 تملكه بالاستيلاء ، ويجوز للغير أن يستولى عليه فيتملكه . وقد تقوم
 صعوبات عملية فيما إذا اصطاد شخصان طيراً واحداً في وقت واحد

(١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ ص ١٣٨ هامش ٢ .

(٢) نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٨٧٩ دالوز ٨٠ - ١ - ١٢١ - أوبري ورو
 ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٢٦ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢٤٦ - بلانيول وريبير وبيكار
 ٢ فقرة ٥٩٧ ص ٦٠٩ - حتى لو وقع الطير في أرض الغير فإن الغير لا يملكه (عبد الممن
 فرج الصدة فقرة ٢٤١ ص ٣٤٧ - منصور مصطلق منصور فقرة ١١٠ ص ٢٧٥) . وإذا
 استولى الغير على الطير وهو في هذه الحالة بنية تملكه عد سارقاً ، لأن العائد أصبح مالكاً
 للطير بالاستيلاء (ديجون ٧ ديسمبر سنة ١٩١٠ سبريه ١٩١١ - ٢ - ٦٨ - محمد علي عرفة
 ٢ فقرة ١٣ ص ١٧ - عبد الممن البدرأوى فقرة ٣٧٢ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ - رذازن
 شفيق شحاتة فقرة ٢٠٢ ص ٢١٣) .

أو على التعاقب (١) ، وفيما إذا لم يعثر على الطير بعد وقوعه ثم عثر عليه بعد ذلك . وكل هذه من مسائل انواق بيت فيها قاضي الموضوع (٢) .
والسمك في الماء . وسائر الأحياء المائية (٣) : هي أيضا منقول لا مالك له . ويجوز تملكه بصيده . فيكون سبب كسب المالكية هو الاستيلاء . وينظم الصيد في البحر والبحيرات والمياه الداخلية لوائح كثيرة متنوعة . ولكن السمك الذي يوجد في مجارى المياه المملوكة ملكية فردية . كالترع والمصارف الخاصة بالمستنقعات . لا يعتبر منقولا لا مالك له ، بل هو ملك للمالك مجرى الماء الذي يوجد فيه السمك . ولا يجوز صيد السمك في مجارى المياه الخاصة إلا باذن أصحاب هذه المجارى ، وإذا صاد شخص هذا السمك دون إذن يعتبر سارقا له (٤) . ويتحقق الاستيلاء على السمك الذي لا مالك له بصيده ووقوعه في شبكة الصائد بحيث لا يستطيع الإفلات منها . فإذا تمكن السمك من الإفلات ولم يستطع الصائد إحرازه قبل أن يفلت ، وعاد السمك إلى الماء ، فإنه يعود منقولا لا مالك له ، ويجوز لأي شخص آخر صيده .

٩ - الحيوانات غير الأليفة - نص قانوني : تنص المادة ٢/٨٧١

مدنى على ما يأتى :

« وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق . عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً أو إذا

(١) فإذا صاد الطير اثنان على التعاقب ، بأن أطلق الأول عياراً نارياً فأصاب الطير إصابة قتلة ، ثم أطلق الثانى عياراً نارياً آخر فأجهز عليه ، فإنه يكون منكاً للصائد الأول دون الصائد الثانى ، ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بأن الصيد يكون شركة بين الصائدين (بيدان وفواران : ص ٧٨٥ فى الماش - بلانيول وريبير وبولا نجي ١ فقرة ٣٣٤٧) .

(٢) نقض فرنسى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٩ سيريه ٨٠-١-١٦٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٧ ص ٦٠٩ .

(٣) وكل ما يوجد فى البحر من لؤلؤ وأصداف وأحجار أخرى ثمينة وقواقع وشعاري وغير ذلك .

(٤) نقض فرنسى جنائى ١٢ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٣٣٧ - أوبرى

ورر ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٢٩ - ص ٣٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٤ .

كف عن تتبعه . وماروض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ، ثم فقد هذه العادة ، يرجع لا مالك له « (١) .

ويخلص من هذا النص أن الحيوانات الأليفة ، كالدواجن والمواشي والخيل والحمير والبغال والكلاب والقطط والفردة والنسائيس وغير ذلك من الحيوانات الأليفة ، لا تعتبر منقولا لا مالك له ، ولا يجوز تملكها بالاستيلاء . فهي عادة يكون لها صاحب يملكها ، ولا تزول ملكيته عنها إلا بانتقالها إلى غيره بسبب ناقل للملكية ، ولا يكون ذلك بالاستيلاء . وإذا ضلت هذه الحيوانات أو تسربت ، فإن صاحبها لا يفقد ملكيتها ، وتسرى عليها أحكام الأشياء الضائعة . وإنما تملك بالاستيلاء إذا تخلى صاحبها عن ملكيتها ، فتصبح عندئذ منقولا لا مالك له ، ومن ثم يكسب ملكيتها من يستولى عليها ، وذلك كالكلاب والقطط إذا تخلى عنها أصحابها .

أما الحيوانات غير الأليفة ، ويدخل في ذلك الحمام والنحل ، كما تدخل الحيوانات التي تعيش طليقة على حالتها الأصلية من الحربة الطبيعية كالغزلان والذئاب والثعالب والطيور ، بل تدخل الحيوانات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٢ / ٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلافاً لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٤٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لامالك له» بكلمة «سائبة» ، وعبارة «الحيوانات غير الأليفة» بعبارة «الحيوانات المتروحة» وذلك «مادام المقصود بالمتروحة هو غير الأليف ، لنلا يفهم منها أنها حيوان الغابات آكلة اللحوم» . ووافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٨٧١ / ٢ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٨ - ص ١٩٠) .

ولامقابل نص في التقنين المدني السابق ، ولكن وُحِّدَ كونه معمولاً بها دون نص ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدني السوري م ٢/٨٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٨٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبنانية لا مقابل .

التي تعيش عادة في الغابات كالأسود والنمور والفيلة^(١) ، نهذه جميعا لا مالك لها منذ البداية ، وتبقى كذلك ما دامت طليقة . ومن ثم يجوز كسبها بالاستيلاء ، ويتم ذلك باعتقالها وترويضها واستئناسها . فإذا شيد شخص أبراجا يأوى إليها الحمام ، أو اعتقل غزالا أو طيرا وحبسه في قفص ، أو أحرز أسودا ونمورا وفيلة لتعرض في ملعب من ملاعب السيرك ، فإنه يملك هذه الحيوانات غير الأليفة بالاستيلاء ، وتبقى ملكا له ما دامت معتقلة غير طليقة .

فإذا أطلق هذه الحيوانات ، أو انطلقت من نفسها بغير علمه أو بالرغم منه ، عادت حيوانات لا مالك لها ، ويجوز لغيره تملكها بالاستيلاء على النحو الذي كان هو قد تملكها به . وذلك مادام لم يتبعها فورا بعد علمه بانطلاقها ليعيد اعتقالها ، أو تتبعها فورا ولكنه كف عن تتبعها بأسا منه أو زهدا فيها فبقيت طليقة . أما إذا تتبعها فورا ، ولم يكف عن تتبعها حتى أمسك بها وأعاد اعتقالها ، فإن ملكيته لها التي كسبها بالاستيلاء في أول الأمر تبقى ولا تزول ، حتى في خلال الفترة التي كان يتبعها فيها فيها وهي طليقة . ولا يجوز لشخص آخر أن يستولي عليها في هذه الفترة وهو عالم بحالتها ، وإلا عد سارقا لأنه اختلس منقولا مملوكا لغيره .

وإذا روضت هذه الحيوانات حتى أصبحت تألف الرجوع إلى المكان المخصص لها ، كالحمام في الأبراج ، فإنها تبقى ملكا لمن استولى عليها ، حتى في الفترة التي تغادر فيها الأبراج وتطير في الهواء ، ما دامت قد ألفت الرجوع إلى الأبراج وما دامت ترجع بالفعل إليها . فإذا فقدت هذه العادة ، ولم تعد ترجع إلى الأبراج ، فإنها تعود طليقة ، وتصبح مرة أخرى منقولا لا مالك له ، ومن ثم يجوز لأي شخص تملكها ثانية بالاستيلاء على النحو الذي سبق بيانه .

(١) بردرى وقال في المواريث ١ فقرة ١٥ - وقارن مادار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ آنفا ص ٢٥ هامش ١ .

§ ٢ - المنقول الذى لآبه له مالك

١٠ - الأشياء المتروكة : ويقصد بها الأشياء المنقولة التى تركها أصحابها وتخلوا عن ملكيتها زهدا فيها أو تخلصا منها ، وذلك كالأوراق والزجاجات الفارغة والأشياء التى يستغنى عنها فتلقى فى سلة المهملات ومخلفات المنازل التى تلقى فى صناديق القمامة وبقايا المأكولات التى يتركها الإنسان فى قطارات السكك الحديدية وما يقصد الإنسان أن يتخلص منه فيلقيه فى قارة الطريق . ويدخل فى ذلك أيضا البدرات من النقود الصغيرة ، التى يلقى بها على الجمهور ليلتقطها فى الحفلات والأعراس^(١) . ونسمى هذه الأشياء بالأشياء المتروكة (*res derelictae*) ، لأن صاحبها يتركها بنية التخلّى عنها (*derelicto, abandon*) . فالترك إذن ، كما سبق أن بينا^(٢) ، يتكون من عنصرين . أحدهما مادى وهو التجرد عن حيازة الشيء ، والآخر معنوى وهو نية التخلّى عن ملكية الشيء وتركه ليستولى عليه أول إنسان يعثر عليه فيحوزه^(٣) . وعلى ذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة ، والأشياء التى ليس لها مالك منذ البداية . فالأولى كان لها مالك ، ثم تخلّى عن ملكيتها . أما الثانية فلم يكن لها مالك أصلا ، كالطير فى الهواء والسكك فى الماء والحيوانات غير الأليفة على التشصيل الذى سبق بيانه . ولكن الأشياء المتروكة والأشياء التى ليس لها مالك منذ البداية سواء من حيث الاستيلاء ، فكلاهما يرد عليه الاستيلاء لأنه وقت أن يتم إحرازه والاستحواذ عليه لا يكون له مالك ، إما لأن المالك قد تركه أو لأنه لم يوجد له مالك أصلا . كذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة ، والأشياء الضائعة (اللقطة) . فالأشياء المتروكة تخلّى عنها صاحبها طوعا وعن بيعة من أمره . فتتبدل ملكيتها . أما الأشياء الضائعة فلم يتخل عنها صاحبها ضوعا . بل هو قد فقدتها بغير إرادته ولم يستطع

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٥ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ هامش ٦ .

العثور عليها . ولعله لا يدري أنه فقدتها . ولذلك تبقى ملكيتها له ولا تزول إلا بسبب قانوني (١) .

والأشياء المبروكة . على النحو الذي قدمناه . تصبح منقولا لا مالك له (٢) ، ومن ثم يجوز لأى شخص أن يملكها بالاستيلاء بل يجوز للمالك الأصلي نفسه . إذا بدا له ذلك . أن يعود فيستولى عليها إذا لم يكن أحد قد استولى عليها من قبل ، وعند ذلك يملكها مرة أخرى ولكن بسبب جديد هو الاستيلاء .

١١ - الكنز - نص قانوني : تنص المادة ٨٧٢ مدني على ما يأتي :

« ١ - الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته » .
« ٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته » (٣) .

(١) أنظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ - وانظر آنفاً فقرة ٥ .

(٢) أنظر م ١/٨٧١ مدني آنفاً فقرة ٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار أو لمالك رقبته . فإذا لم يكن للعقار مالك كان المال المذكور لمن وجده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر في لوائحها . ٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خالصاً للواقف ولورثته » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٩ في المشروع النهائي ، بعد أن حذفت منه العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى : « فإذا لم يكن للعقار مالك كان المال المذكور لمن وجده إلخ » . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التفتيش المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩١ - ص ١٩٢) .

ويقبل النص في التفتيش المدنى السابق م ٨١/٥٨ : المال المدفون في الأرض الذي لا يعلم له صاحب يمكن لمالك تلك الأرض . وإذا لم يكن للأرض مالك ، كان المال المذكور لمن وجده . وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر في لوائحها . (وحكم التفتيش السابق لا يختلف عن حكم التفتيش الجديد إلا في أنه يجعل الكنز لمن وجده إذا لم يكن للأرض مالك . ويلاحظ أنه من النادر جداً ألا يكون للأرض مالك في مصر ، فقد قدمنا أن مالك الأرض لا يمتد ملكيتها حتى إذا تملكتها - أنظر آنفاً فقرة ٥ - وسرى أن الأراضي الصحراوية والأراضي غير المزروعة تعتبر ملكاً للدولة) .

ويخلص من هذا النص أنه يجب أن يتوافر في الكنز شرطان :

(الشرط الأول) أن يكون مدفوناً أو مخبوءاً : فهو إذن مال منقول . أما العقار المدفون فيكون عادة أثراً من الآثار القديمة (١) . تسرى عليه الأحكام المتعلقة بالآثار التاريخية لا الأحكام المتعلقة بالكنز . وما دام مدفوناً أو مخبوءاً فإنه يكون متميزاً عن الأرض . فما يوجد من معادن ونفط وأحجار في باطن الأرض لا يكون كنزاً ، لأنه جزء من باطن الأرض وليس مدفوناً أو مخبوءاً فيها (٢) . وإذا لم يكن المنقول مدفوناً

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٣٠ : الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، تكون ثلاثة أخصاء لملك العقار الذي وجد فيه الكنز ، وخمس لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة الدولة ، مع مراعاة النصوص الواردة في القوانين والأنظمة الخاصة بالمناجم والآثار .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٦ تتكون من ثلاث فقرات ، الفقرتان الأوليان مطابقتان لفقرتي المادة ٨٧٢ / مدني مصري ، والفقرة الثالثة تجرى على الوجه الآتي : « وإذا عثر شخص بمجرد الصدفة على كنز في مال مملوك لغيره ، اقتسمه مع المالك مناصفة » . (والتقنين الليبي يقسم الكنز مناصفة بين صاحب العقار ومن كشف الكنز) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠١ : الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته ، يكون لملك العقار إن كانت الأرض مملوكة ، وللدولة إن كانت الأرض أميرية ، وبجهة الوقف إن كانت الأرض موقوفة وفقاً صحيحاً . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أنه يجعل الكنز الذي عثر عليه في أرض موقوفة بجهة الوقف لا للواقف وورثته ، ويصرح هذا التقنين بأن الكنز للدولة إذا عثر عليه في أرض أميرية) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٧ : إن الكنز الذي يعثر عليه في الأرض تعود ثلاثة أخصاء لصاحب الأرض ، وخمس لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة العامة ، مع الاحتفاظ بالتقييدات المنصوص عنها في القوانين النافذة والأنظمة المتعلقة بالمناجم والآثار القديمة . (وأحكام القانون اللبناني تطابق أحكام التقنين السوري) .

(١) وقد قضى في فرنسا أنه لا يعتبر كنزاً الموزاييك الموجود في باطن الأرض والذي يرجع إلى العهد الروماني (باريس ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ٢ - ١٩٧ - نفص فرنسي ١٣ ديسمبر سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ - ١ - ٥٩ - بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٤) . ويعد ملكاً لصاحب العقار الذي يمد الموزاييك جزءاً منه (كولان وكابيان ودي لا مورانديير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٣) .

(٢) بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وبولانجه

أو مخبوءاً ، بل كان ملقى على سطح الأرض ، فهو ليس بكنز ، ويعتبر شيئاً ضائعاً تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة^(١) . وليس من الضروري أن يكون الكنز مدفوناً أو مخبوءاً في باطن الأرض أو في حائط لبناء قائم . أى في عقار . بل يجوز أن يكون مخبوءاً في منقول آخر محتويه ، كما إذا عُثر على مجوهرات أو ذهب أو نقود في درج سرى من أدراج المكتب ، أو على أوراق مالية أو سندات مخبوءة طي صفحات كتاب أو سجل قديم^(٢) .

(والشرط الثانى) ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته لهذا المنقول : فإذا استطاع شخص أن يثبت ملكيته للمنقول ، وأنه كان قد دفنه في باطن الأرض أو خبأه في مخبأ سرى خوفاً عليه من السطو أو المصادرة أو للطمأنينة على بقاءه محفوظاً ، فإنه لا يعتبر كنزاً ، ويجوز للمالك أن يسترده بدعوى الاستحقاق^(٣) .

وبلاحظ أن الكنز - بهذا التحديد - ليس من الدقة أن يقال إنه منقول لا مالك له . فقد رأينا أن المنقول الذى لا مالك له إما أن يكون لم يملكه أحد منذ البداية ، أو يكون قد ملكه شخص ثم تخلى عن ملكيته . والكنز ليس هذا ولا ذاك ، فهو قد كان له مالك ، ولم يثبت أن هذا المالك قد تخلى عن ملكيته بل الظاهر أنه كان حريصاً عليه عندما دفنه

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ٦١٤ - ص ٦١٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ هاش ٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٦١ - ولكن لا يعتبر كنزاً المجوهرات والأشياء الثمينة المدفونة مع جثة الميت لاعتبارات دينية أو أدبية ، إلا إذا أصبح الوارث لهذه الأشياء غير معروف ولم تكن أشياء أثرية (بورديو ٢١ مارس سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ١٠٣ - مارتى وريينو فقرة ٢١٦ ص ٤٠٧ - ص ٤٠٨) .

(٣) ولا يشترط في الكنز أن يثر عليه بمحض الصدقة ، فقد يتوقع شخص أن يكون في أرض كنز ويسمى للكشف عنه ، فإذا وجده سرت عليه الأحكام المتعلقة بالكنز . كذلك لا يشترط في الكنز أن يكون قديماً وإن كان يفتقد أن يكون كذلك ، ولكن يصح أن يكون هناك منقول قد دفن أو خبئ من عهد قريب جداً ، فإدام أحد لا يستطيع أن يثبت ملكيته إياه فهو كنز (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٦١ ص ١١٠٢) .

أو خبأه . لذلك يبدو أن الكنز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء^(١) ، كما يصح أن يكون محلاً للاستيلاء المنقول الذي لا مالك له . وإذا كنا نعالج هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء ، فلأن الكنز يقرب من المنقول الذي ليس له مالك في أنه ولو أن له مالكا إلا أن هذا المالك غير معروف^(٢) . من أجل ذلك لم تسر على الكنز أحكام الاستيلاء كاماة في القانون الفرنسى ، ولم تسر أصلا في القانون المصرى .

أما القانون الفرنسى فيقسم الكنز مناصفة بين مالك العقار الذى وجد فيه الكنز وبين من عثر على هذا الكنز ، فإذا كان من عثر عليه هو نفس مالك العقار فالكنز له كله (م ٧١٦ مدنى فرنسى)^(٣) وفى الحالة الأولى ، إذا قسم الكنز مناصفة ، من عثر على الكنز يملك النصف بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ، لأن الاستيلاء لا يرد على الكنز^(٤) كما قدمنا . وقد رأى المشرع الفرنسى أن الكنز ، ومالكه غير معروف ، يتقاسمه الشخصان اللذان لهما شأن به ، وهما صاحب العقار ومن عثر على الكنز . أما من عثر على الكنز ، ثلاثه هو الذى كشف عنه وقد

(١) قرب كولان وكابيتان ودى لا سورا ديير ١ فقرة ١١٢٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٢٦٥ - رانتر أنسيكتويدي دالوز ٣ لفظ occupation فقرة ٢٢ وقرة ٣٠ .

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨ ص ٢٧ - ص ٢٨ .

(٣) وقد يكون هذا الحكم ، من بعض الوجوه ، أعدل من الحكم الذى ورد فى التشريع الفرنسى . فهو يعطى من عثر على الكنز ، إذا لم يكن هو مالك العقار ، نصف الكنز . إذ هو الذى كشف عنه ولولا هذا انكشف لكان محتملا أن يقع الكنز تحت تأثيره لا يدرى به أحد . هذا إلى أن إعطاء نصف الكنز لمن عثر عليه يشجع على أن يعلن كشفه للكنز ، أما إذا لم يكن له نصيب فيه بهذا المقدار فيطلب أن يكتم أمر كشفه إذا استطاع إلى ذلك سبيلا ، ليستأثر به وحده ، وإن عد فى هذه الحالة سارقاً .

(٤) أنظر مكس ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٧ ص ٦١٦ .

كان قبل ذلك مدفونا أو مخبوءا (١) . وأما صاحب العقار ، فلأن هناك احتمالا أن يكون مالك الكنز هو أحد أجداده إذا كان يملك العقار من مدة طويلة ، وإلا فهناك احتمال آخر أنه كان يعثر على الكنز وهو موجود في عقاره لو لم يسبقه من عثر على الكنز فعلا . وفي الحالة الثانية ، إذا عثر على الكنز بمالك العقار نفسه فتسلكه كله ، فهو يتساكه لا بحكم الالتصاق فهذه ليست حالة من حالاته . ولا يحكم الاستيلاء فالكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء كما قدمنا ، ولكن يحكم القانون (٢) . فقد رأى المشرع الفرنسي أن صاحب الشئ في الكنز هو صاحب العقار وحده . فهو الذي يملك العقار ، وهو الذي عثر على الكنز ، ومن ثم لا يوجد أحد يزاحمه فكان له الكنز كله (٣) .

وأما القانون المصري فقد أغفل جانب من عثر على الكنز أصلا ، فلم يجعل له أي نصيب في الكنز . وقد يفسر ذلك بأن من عثر على الكنز إما أن يكون قد عثر عليه مصادفة ، أو بناء على تكليف المالك إياه بالبحث . فإن عثر عليه مصادفة ، فليس له فضل في العثور عليه ولا يستحق شيئا من أجل ذلك ، وهو لا يستطيع أن يملك الكنز بالاستيلاء إذ الكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء كما قدمنا . وإن عثر عليه بناء على تكليف

(١) ويكفي للثبوت على الكنز أن يكشف عنه الشخص ولولم يستحوذ عليه ، بل ولو كشف عن بعض الكنز لا عنه كله ، ولولم يكن قد أدرك لأول وهلة أن الذي كشف عنه هو كنز (ديمولوب ١٣ فقرة ٥٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - مارق ورينو فقرة ٤١٦ ص ٤٠٩) . ولو أن طائفة من العمال كانوا يحفرون معاً ، وكشف أحدهم عن كنز وهو يحفر ، لا يعتبر أنه هو وحده الذي عثر على الكنز (ديمولوب ١٣ فقرة ٥٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٣) .

(٢) انظر عكس ذلك بلانويل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٦ - بلانويل وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٣٦٤

(٣) أوقل إن مالك العقار يملك نصف الكنز باعتبار أنه هو الذي عثر عليه ، ويملك النصف الآخر باعتبار أنه هو مالك العقار ، وهو يملك كلا من النصفين بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ولا بحكم الالتصاق

المالك إياه بالبحث ، فهو إنما كان يعمل لحساب المالك ، ومن ثم لا يكون له حق في الكنز ، والمالك يجزيه طبقاً لما عسى أن يكون قد تم بينهما من اتفاق ، أو يرجع هو على المالك بدعوى الإثراء بلا سبب (١) .

وما دام القانون المصري قد أغفل جانب من عثر على الكنز ، فلا يبقى أمامه إلا مالك العقار الذي وجد فيه الكنز . وعلى ذلك جعل القانون المصري الكنز كله لهذا المالك ، سواء كان هو الذي عثر على الكنز أو كان شخص آخر هو الذي عثر عليه . فإذا كان هو الذي عثر على الكنز فإنه يملكه ، لا لأنه هو الذي عثر عليه فقد قدمنا أن من عثر على الكنز لا حق له فيه ، ولا لأنه تملك الكنز بالاستيلاء فقد قدمنا أن الكنز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء . وإنما يملكه بحكم القانون وحده (٢) ، فقد رأى المشرع المصري أنه ما دام لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز فأولى الناس بالكنز هو صاحب العقار ، فقد وجد الكنز في عقاره ولا يستطيع أحد أن يدعى على الكنز حقاً أقوى من حقه . وإذا كان غير المالك هو الذي عثر على الكنز ، فإن الكنز كله يكون مع ذلك للمالك وحده . فمن عثر على الكنز ، مصادفة أو بعد بحث ، لا يكون له حق في الكنز على الوجه الذي بسطناه . ولا يبقى إذن إلا صاحب العقار يملك الكنز

(١) أما في القانون الفرنسي حيث يكون لمن عثر على الكنز نصفه كما قدمنا ، فيصح أن أن يكون هذا الأخير قد بحث عن الكنز وبذل جهوداً في ذلك . فإن كان ذلك بتكليف من المالك ، فإنه يكون قد عمل لحسابه ، وليس له حق في الكنز . وإن فعل ذلك بغير تكليف من المالك ، فإنه يكون متعدياً إذ بحث في أرض المالك دون إذنه ، فأولى ألا يكون له حق في الكنز . ولكن يقع أن يكون قد بحث دون تكليف من المالك ولكن على وجه مشروع ، كأن يكون صاحب حق انتفاع في الأرض أو يكون مستأجراً لها . ويذهب بعض الفقهاء إلى إعطائه في هذه الحالة الحق في نصف الكنز لأنه لم يكن يعمل لحساب المالك ، وهو أولى بنصف الكنز من شخص عثريه مصادفة دون بحث حيث يكون له نصف الحكم القانوني (أنظر في هذا المعنى بلايرون وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٠) .

وأما في مصر ، فصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، إذا عثر على كنز مصادفة أو بعد بحث ، فليس له أي حق فيه ، والكنز كله لماك الرقبة ، وذلك بصريح النص (م ٨٧٢/مدني) .

(٢) إسماعيل غانم ص ٤٨ - عبد السم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٢٥٢ - منه ور

كله وحده ، ولا يأخذ من عثر على الكنز شيئاً إلا ما يتبرع به له المالك ، أو ما يتفق معه عليه ، أو ما تخوله له دعوى الإثراء بلا سبب (١) .

وإذا كان على العقار حق انتفاع لشخص أو حق حكر أو كان لما مستأجر ، وعثر شخص على كنز في العقار ، فإن الكنز لا يكون لصاحب حق الانتفاع ولا للمحتكر ولا للمستأجر . لأن الكنز لا يعتبر ثماراً حتى يتملكها هؤلاء (٢) . ويكون الكنز كله للمالك الرقبة في حالة صاحب

(١) ومالك العقار الذي يكون له الكنز هو المالك وقت العثور على الكنز . فلو أن قاصراً باع أرضاً بثمن ليس فيه غبن ، وفي اليوم التالي للبيع عثر المشتري على كنز في الأرض ، فهو له لا للبائع القاصر . ولا يستطيع البائع القاصر أن يتمسك بأن هناك غبناً في البيع ، فهو لم يبع إلا الأرض ولم يبع الكنز ، وليس هناك غبن فيما يتعلق ببيع الأرض (بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦٢ - Jacquez ص ١٠٢ - ص ١٠٣ - أنسيكلوبيدى دالوز ه لفظ Trésor فقرة ٣١ - أنظر عكس ذلك باريس ٢٧ أبريل سنة ١٨٦٨ سريه ٦٨ - ٢ - ١٤١) .

وإذا باع المالك الأرض وعثر المشتري على كنز فيها ، ثم أبطل البيع أو فسخ ، فهناك رأى يذهب إلى أن الأثر الرجعى للإبطال أو للفسخ يجعل الأرض لم تخرج أصلاً عن ملكية البائع ، فكان هو المالك وقت العثور على الكنز ، ومن ثم يكون الكنز له (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٦ مكررة - بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٦) . والأولى عدم إعمال الأثر الرجعى - وهو مجرد مجاز قانونى - إلى هذا الحد ، والتسليم بأن المالك فعلاً وقت العثور على الكنز كان هو المشتري لا البائع ، فيكون له الكنز (أنظر في هذا المعنى Jacquez ص ١٠٣ - أنسيكلوبيدى دالوز ه لفظ Trésor فقرة ٣٢ : يكون للمشتري في هذه الحالة ، طبقاً لأحكام القانون الفرنسى ، نصف الكنز باعتبار أنه هو المالك والنصف الآخر باعتبار أنه هو الذى عثر على الكنز) .

(٢) فهو شيء مستقل عن العقار ، لا هو من ثماره ولا هو من منتجاته (بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦٣ - بلانويل وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦٤ - أنسيكلوبيدى دالوز ه لفظ Trésor فقرة ٢٣) . وينبئ على ذلك أنه إذا كان العقار الذى عثر فيه على الكنز مرهوقاً ، لم يمتد الرهن إلى الكنز لأنه لا يعتبر من ملحقات العقار المرهون (بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦٤ - وقارن شفيق شحاته فقرة ٧٦ - فقرة ٢٠٥ ويعتبر الكنز من ملحقات العقار - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٠٠ ص ٢٧ وفترة ١٨ ص ٢٧ - ص ٢٠٩ وص ٢٩ ويعتبر أن كنز من توابع العقار وملحقاته - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٢٥ ص ٤١٨ ويعتبر الكنز تابعاً للعقار - حسن كبيرة ص ٨٣) - وإذا باع شخص بناءً على أن يهدم المشتري هذا البناء ويأخذهُ أنقاضاً وتبقى الأرض للبائع ، ثم وجد كنز في البناء ، فالكنز للبائع صاحب الأرض لا للمشتري صاحب البناء (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٨ - لوران ٨ فقرة ٤٤٨ - كولان وكابيتان ودى لاميراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٤ - عكس ذلك بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦١) .

حق الانتفاع ، أو للمحكر في حالة صاحب حق المحكر ، أو للمالك في حالة المستأجر . ونص التقنين المدني صريح في هذا المعنى ، إذ تقول المادة ٨٧٢ / ١ مدني ساقطة الذكر : « الكثر ... يكون للمالك العقار الذي وجد فيه الكثر أو للمالك رقبته » . ويسرى هذا الحكم ، ويكون الكثر كله للمالك الرقبة أو للمحكر أو للمالك ، حتى لو كان من عثر على الكثر ، مصادقة أو بعد بحث ، هو صاحب حق الانتفاع أو المحكر أو المستأجر (١) ، فقد قدمنا أن العثر على الكثر لا يخول من عثر عليه ، في القانون المصري ، أى حق في الكثر .

وإذا كان العقار الذي عثر فيه على الكثر عيناً موقوفة (٢) لا مالك لها ، فالكثر يكون لمن كان مالكا للعقار عند وقفه ، وهذا المالك لا بد أن يكون هو الواقف ، وهو لا يمكن أن يكون قد وقف الكثر ، فبقى على ملكه . ومن ثم يكون الكثر كله للواقف إذا كان لا يزال حياً ، أو لورثته إذا كان قد مات (٣) .

وإذا كان العقار ملكاً للدولة ، سواء كانت ملكيتها للعقار ملكية عامة أو ملكية خاصة بما في ذلك ملكية الأراضي غير المزروعة والأراضي الصحراوية ، فالكثر يكون هنا أيضاً للمالك ، ومن ثم يكون الكثر كله للدولة (٤) .

(١) أو كان حائزاً للعقار حتى لو كان حسن النية (بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٥٧ ص ٤٥) .

(٢) والوقف هنا يكون وقفاً خيرياً بعد أن ألغى الوقف الأهل .

(٣) استئناف وطني ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٥ ص ٥٢ - مصر استئناف ٥ مارس سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٨ ص ١١٥ .

(٤) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٢ - شفيق شحاتة فقرة ٢٠٦ - وقد كان المشرع التمهيدى للمادة ٨٧٢ مدني يجعل الكثر الذي يعثر عليه في أرض لا مالك لها ملكاً لمن عثر على الكثر ، فحذف هذا الحكم في لجنة المراجعة (أنظر آنفاً ص ٢٨ هامش ٣ - وانظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٣٥٢ هامش ١) . وهناك رأى يذهب إلى أن الجبال والمغاور لا تعتبر ملكاً للدولة ، فن عثر على كثر في مغارة أو كهف في الجبل أو في الصحراء البعيدة عن العمران ، فإنه يملكه بالاستيلاء ، ولا يكون الكثر ملكاً للدولة (محمد سل عرفة ٢ فقرة ١٨ ص ٢٨) . وبلاحظ ، إلى جانب أن الكثر لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء ، أن الجبال والمغاور والكهوف والصحراء البعيدة عن العمران شأنها جميعاً شأن الأراضي غير المزروعة وسائر الأراضي الصحراوية ، مملوكة كلها للدولة ، فالكثر الذي يعثر عليه فيها يكون ملكاً للدولة .

وإذا عثر على الكنز في منقول ، كان الكنز للمالك هذا المنقول ، سواء كان مالكا للعقار الذي يوجد فيه المنقول أو لم يكن مالكا له (١) .

وقد فرضنا في كل ما تقدم أنه لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز ، ولذلك أعطى الكنز للمالك العقار الذي وجد فيه . فلماذا وقع أن يظهر مالك الكنز بعد ذلك ، واستطاع أن يثبت ملكيته له (٢) ، فإنه يستطيع أن يسترده من تحت يد مالك العقار بدعوى الاستحقاق ، طبقا للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن . ولا يسقط حق مالك الكنز بالتقادم المسقط ، فإن دعوى الاستحقاق ولو في المنقول لا تسقط بالتقادم . وهناك رأى يذهب إلى أن مالك العقار الذي وجد فيه الكنز يكون قد حاز الكنز وهو منقول بحسن نية معتقدا أنه قد أصبح مالكا له ، ومن ثم تسري القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولكن الكنز يعتبر في حكم المفقود فيكون للمالكه حتى استرداده في خلال ثلاث سنوات من وقت فقدته أى من وقت حيازة مالك العقار للكنز (٣) . ولكن الرأى الراجح هو أن مالك العقار الذي حاز الكنز لا يمكن أن تكون حيازته بحسن نية لأنه يعلم أو ينبغي أن يعلم أن للكنز مالكا من حقه أن

(١) عبد النعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٤٥١ .

(٢) ويجوز له الإثبات بجميع الطرق ، وتدخل في ذلك البيئة والقرائن (ديمولومب

١٣ فقرة ٣٩ - أوبرى ورد ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٣) . كما يجوز للورثة المتعاقبين لمالك

الكنز أن يثبتوا أن الكنز كان ملكاً لمورثهم دفنه أو خبأه منذ زمن طويل ، وقد ألت إليهم

ملكيتهم بطريق التوارث على التعاقب . ولكن لا يكفي في فرنسا حيث لمن عثر على الكنز

نصفه أن يثبتوا أن ملكية العقار الذي عثر فيه على الكنز قد ألت إليهم بطريق التوارث ، بل

يجب أن يثبتوا ، ليستأثرو بكل الكنز ، أن الكنز نفسه كان مملوكاً لمورثهم وأنه هو أيضاً العقار الذي

عثر عليه فيه آل إليهم بطريق التوارث أو الوصية (باريس ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥١-١٤٤-

نقص فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٥ دالوز ١٩٥٦ . Sonm. ٢٧ - وقارن السين

أول يوسه سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٣٥٠ . ولكن هذه الأحكام صدرت في قضية شهيرة

عرفت بقضية كنز شارع Mouffetard : مازو ٢ فقرة ١٥٨٢ ص ١٢٦٠ - مارتى

ورينو فقرة ٤١٦ ص ٤٠٧ - كاربونيه ص ٢٧٦ - أنيكلويدي دالوز ٥ لفظ Trésor

فقرة ١١) .

(٢) بلا نيول وريبير وييجار ٣ فقرة ٦٠٦ .

يسترده ، هذا إلى أنه ليس لديه سبب صحيح (فيما يتعلق بالقانون المصرى) .
ومن ثم يكون لمالك الكنز أن يسترده من مالك العقار فى أى وقت ،
لا فى خلال ثلاث سنوات فقط ، هذا ما لم يملك مالك العقار الكنز
بالتقادم الطويل (١) . أما إذا باع مالك العقار الكنز لمشتري حسن النية
فإن المشتري يملكه بالحيازة ، ولا يستطيع مالك الكنز أن يسترده حتى
فى خلال ثلاث سنوات لأن الكنز لا يعتبر مفقودا ولا مسروقا (٢) .

١٢ - اللفظ: (الأشياء الضائعة) : رأينا أن المادة ٨٧٣ مدنى

تنص على أن « الحق فى .. اللفظة .. تنظمه لوائح خاصة » (٣) . واللفظة
هى الشيء الضائع يفقده صاحبه ولا يعثر عليه ، فيعثر عليه شخص آخر
ويلتقطه . وقد قدمنا (٤) أنه يجب التمييز بين اللفظة والأشياء المروكة ،
فاللفظة ضاعت من صاحبها ففقد حيازتها المادية ولكنه لم يتخل عن ملكيتها
فبقى مالكا لها ولا تكون محلا للاستيلاء ، أما الأشياء المروكة فقد تخلى
صاحبها عن حيازتها وعن ملكيتها معا فأصبحت غير مملوكة لأحد .
والقرائن تميز بين اللفظة والأشياء المروكة . فإذا وجد شخص فى قطار
بقايا طعام وزجاجات فارغة ، كان من حقه أن يفترض أن هذه أشياء
مروكة تخلى عنها أصحابها ، بعد أن أصابوا من الطعام كفايتهم وبعد
أن شربوا ما كانت الزجاجات الفارغة تحتويه ، فتسرى أحكام الأشياء
المروكة ويجوز تملكها بالاستيلاء . أما إذا وجد فى القطار حقيبة تدل
الظواهر على أنها لمسافر نسيها ، فإن القرائن تدل فى هذه الحالة على أن
الحقيبة ليست شيئا منروكا ولم يتخل صاحبها عن ملكيتها ، ومن ثم تسرى

(١) بودرى وقال فى المواريث ١ فقرة ٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٨ - محمد
عل عرفة ٢ فقرة ١٧ ص ٢٦ - ص ٢٧ - وقرب أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣١٤
مشر ٣٩ .

(٢) بودرى وقال فى المواريث ١ فقرة ٤٤ ص ٢٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة
٨ ص ١٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٠ .

عليها أحكام الأشياء الضالعة ويكون الاستيلاء عليها بنية تملكها في حكم السرقة (١) .

كذلك يجب التمييز بين اللقطة والكنز . فهما يضافان في أن كلا منهما لم يتخل صاحبه عن ملكيته ، فلا يعتبر شيئا لا مالك له ولا يكون محلا للاستيلاء (٢) . ويضافان كذلك في أن كلا منهما ، ولو أن له مالكا ، إلا أن هذا المالك وقت العثور على الشيء غير معروف . ولكنهما يختلفان في أن اللقطة منقول ظاهر أمام الناس ، فهو إما ملقى على قارعة الطريق ، أو باد للعيان فوق رف أو على درج ، أو باق في مكانه الظاهر في قطار أو في سيارة للأجرة أو نحو ذلك . أما الكنز فقد قدمنا أنه منقول غير ظاهر للبر ، فهو إما مدفون أو مخبوء . ويغلب أن يكون الكنز شيئا ثميناً ، ولذلك دفن أو خبيء . أما اللقطة فيحتمل أن تكون محدودة القيمة ، ولكن يحتمل أيضاً أن تكون ذات قيمة كبيرة كمجوهرات أو مقدار كبير من النقود . ويغلب من الناحية العملية ألا يعرف المالك الحقيقي للكنز أبداً ، إذ يكون قد دفن الكنز أو خبأه منذ مدة طويلة ولا يعرف ذوره مكانه . أما اللقطة فاحتمال التعرف على صاحبها أقرب ، إذ يكون غالباً قد فقدوها منذ مدة قريبة ولم ينقطع عن السؤال والبحث عنها .

ولا يتحقق ضياع الشيء من مالكة إلا إذا خرج من حوزته تماماً ، ولم تعد له سيطرة عليه . فمحافظة النقود التي ينساها صاحبها في منزله لا تكون لقطة ، فإذا عثر عليها أحد الخدم وجب عليه إرجاعها لخدومه ولا حق له في المشر .

ويخلص مما تقدم أن اللقطة منقول له مالك (٣) ، ولذلك لا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء كما سبق القول ، وإنما عولجت هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء ، لأن اللقطة وإن كان لها مالك إلا أن هذا المالك

(١) محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٦ ص ٢٣ .

(٢) ولكن اللقطة قد ضاعت من صاحبها فلم يعد يعرف أين توجد ، أما الكنز فإن صاحبه يعرف بداعة المكان الذي دفنه فيه أو خبأه .

(٣) قارن بلا نيول وريبير وبرلا نجية ١ فقرة ٢٢٤٤ وقرة ٢٢٥١ .

غير معروف ، فهي تقرب من المفقول الذي ليس له مالك . وهذا هو نفس التبرير الذي قدمناه في معالجة مسألة الكنز بين مسائل الاستيلاء (١) .
ولما كانت اللقطة لا تصلح أن تكون محلا للاستيلاء لأن لها مالكا ، لذلك لا تسرى عليها أحكام الاستيلاء . فن عثر عليها وأحضرها بنية تملكها لا يملكها ، بل يعتبر في حكم السارق لأنه يعلم أنها لقطة لها مالك (٢) .
وقد رأينا أن المادة ٨٧٣ مدني تقضى بأن الحق في اللقطة تنظمه لوائح خاصة . وقد صيغت فعلا لوائح كثيرة وأوامر إدارية تحدد المدة التي تحفظ في خلالها الأشياء الضائعة ، وتنظم كيفية التصرف في هذه الأشياء بعد انقضاء هذه المدة ، وحفظ ثمنها لحساب المالك ، ومتى توول هذه المبالغ للدولة إذا لم يتقدم أصحاب الأشياء الضائعة لتسلمها .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١ .

(٢) وفي فرنسا توجد قوانين قديمة تنظم ملكية الأشياء الضائعة في البحر (épaves maritimes) وفي الأنهار (épaves fluviales) وغير ذلك من الأشياء الضائعة (épaves terrestres) . كما توجد قوانين ومراسيم تنظم حالات خاصة ، من ذلك الأشياء التي تودع أفلام كتاب المحاكم والبضائع التي تترك في الجمارك والمنقولات التي يمهدها إلى أثناء النقل والمبالغ التي تدفع لمصلحة البريد والأمتعة التي تترك في الفنادق وغير ذلك . وتوجد أيضاً لوائح تنظم ملكية الأشياء الضائعة في معظم المدن الفرنسية . وتقضى هذه القوانين واللوائح بوجه عام ، في غير الأشياء الضائعة في البحر وفي الأنهار التي توول ملكيتها للدولة ، بأن من يعثر على شيء ضائع يجب عليه التبليغ عنه وإيداعه ، وإلا عُد في حكم السارق (نقض فرنسي جنائي ٣ يناير سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٢ - ١ - ٤٤٢ - جارسون في التعليقات محل التقنين الجنائي جزء أول فقرة ٤١٧ وما بعدها ص ١١٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) . فإذا لم يعرف صاحب الشيء الضائع في مدة معينة ، أعطى الشيء لمن عثر عليه . ولكن من عثر على الشيء الضائع لا يملكه بالاستيلاء ، لأن له مالكا وإن كان غير معروف ، فلا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء . وإنما يملكه بالتقادم الطويل إذا كان لم يبلغ عنه ولم يودعه ، بل حبه عنده واستمر حائزاً له . فهو إذا كان في هذه الحالة يعد في حكم السارق ، فإن هذا لا يمنع من تمكنه الشيء الضائع إذ أن السارق يملك الشيء المسروق بالتقادم الطويل (بودري وتيسيه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) . أما إذا كان من عثر على الشيء الضائع قد بلغ عنه وأودعه ثم رد إليه بعد انقضاء المدة المحددة ، فإنه يكون في حكم الحائز للمفقول بحسن نية ، ولما كان المنقول ضائعا فإن المالك يستطيع أن يسترده في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٥ وفقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) .

ونقف من هذه التشريعات عند الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ ، فهو أهمها وأكثرها شمولاً . ويقضى بأن من بعثر على شىء أو حيوان ضائع يجب عليه أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدن وأمام الحمد فى القرى ، وأن يسلمه . فإذا لم يطالب به مالكه . بيع الشىء فى خلال سنة من تسليمه . أو الحيوان فى خلال عشرة أيام ، فى المزاد العلنى ، بواسطة الإدارة . ويصح تقصير الميعاد الذى يتم فيه البيع . إذا كان الشىء الضائع يخشى عليه من التلف . ويكون لمن عثر على الشىء الضائع عشر الثمن ، يملكه لا بحكم الاستيلاء فإن الشىء الضائع لا يكون محلاً للاستيلاء كما قدمنا ، بل بحكم القانون (١) . وتحفظ الإدارة بباقي الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات ، فإذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه . فإنه يؤول إلى الدولة . وإذا آل الثمن إلى الدولة بعد ثلاث سنوات ، فإنما يكون ذلك أيضاً بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء . ولا يصح أن يقال إن مدة ثلاث السنوات هذه هى المدة التى لا يستطيع بعد انقضائها مالك الشىء الضائع استرداده من الحائز حسن النية ، فإن الإدارة تعلم أن الثمن ناتج من بيع شىء غير مملوك للدولة ، فلا يسرى هذا الحكم عليها .

أما إذا احتفظ من عثر على الشىء الضائع به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه ، فى خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى ، فإن تشريع سنة ١٨٩٨ يقضى بحرمانه من حقه فى العشر ، وبعقوبته بغرامة لا تزيد على مائة قرش . وهذا الجزاء إنما هو جزاء على عدم التبليغ عن الشىء الضائع وعدم تسليمه فى الميعاد . لكن إذا ثبت أن من عثر على الشىء الضائع قد احتفظ به بنية تملكه . سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشىء أو جدت بعد ذلك . فإنه يكون فى حكم السارق . وبهذا يقضى الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ والسابق الإشارة

(١) أنظر قريباً من هذا المعنى كولان وكابيتان ودى لا موراندبير ١ فقرة ١١٢٦ .

إليه ، فإن المادة الأولى منه تقضى بأن من عثر على الشيء أو الحيوان الضائع ، إذا كان قد حبسه وكان الحبس مصحوباً بنية امتلاكه بطريقة الغش ، تقام عليه الدعوى الجنائية المقررة لمثل هذه الحالة (١) . وهذا لا يمنع من أنه إذا عثر شخص على شيء ضائع واحتفظ به بنية تملكه ، وظل حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، فإنه يتملكه بالتقادم الطويل (٢) . فإذا لم تتكامل مدة التقادم ، جاز للمالك الشيء الضائع أن يسترده من تحت يده من عثر عليه . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع بسقوط دعوى الاسترداد بانقضاء ثلاث سنوات من وقت ضياع الشيء (م ٩٧٧ مدني) . فذلك لا يجوز إلا إذا كان حائز المنقول حسن النية ولديه سبب صحيح . وهنا حسن النية منتف فإن من عثر على الشيء يعلم أنه غير مملوك له (٣) . وكذلك واقعة العثور على الشيء الضائع لا تعتبر سبباً صحيحاً . ولكن إذا باعت جهة الإدارة الشيء الضائع بالمزاد العلني بعد سنة من تسليمه ،

(١) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأنه لا يشترط في جريمة تملك الشيء الضائع أن تكون نية التملك معاصرة للعثور على الشيء . وإنما يصح أن تنشأ بعد ذلك فتتوافر بها أركان الجريمة (نقض جنائي ١٠ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ٢٠٤ ص ٣٩٥) . وقضت أيضاً بأن جريمة اختلاس الشيء الضائع تتحقق ولو لم تكن المدة المحددة للتسليم أو التبليغ قد مضت ، متى وضحت نية التملك (نقض جنائي ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٤ رقم ٩٥ ص ١١١) . وانظر دائرة النقض في محكمة الاستئناف ٢٦ يونيو سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ ص ٩٩ .

(٢) وإذا كانت الحيازة عرضية ، كما إذا ترك التزيل بمصر أمتته في الفندق فيكون صاحب الفندق مودعاً عنده ويكون ملتزماً بموجب عقد الوديعة برد الشيء المودع إلى صاحبه ، فإن هذه الحيازة لا تصلح أساساً للتملك بالتقادم . ولكن يستطيع صاحب الفندق أن يتسلط بالتقادم المسقط ، إذا انقضت خمس عشرة سنة دون أن يطالب مالك الأمتة برد أمتته ، فإن التزام صاحب الفندق بالرد يكون قد سقط بالتقادم (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣١ - وقدر - كولان وكديت - ودني لامورانديير ١ ص ٨٨٥) . ولكن انذى يسقط هنا هي الدعوى الشخصية بالرد ، لا دعوى الاستحقاق فإن هذه الدعوى الأخيرة لا تسقط بالتقادم .

(٣) بودري وتبييه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥ - بلا نيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ - كولان وكابيتان ودني لامورانديير ١ فقرة ١١٣٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣١ - وقرب أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٧ هامش ٤٩ .

فإن من رسا عليه المزداد يستطيع أن يدفع دعوى استرداد المالك بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع . فإذا لم تنقض هذه المدة كان للمالك أن يسترد الشيء الضائع على أن يرد الثمن لمن رسا عليه المزداد ، ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقي الثمن الذي أودع لحسابه بعد استئصال العشر الذي دفع مكافأة لمن عثر على الشيء الضائع (١).

١٣ - الأشياء الأثرية : وتنص المادة ٨٧٣ مدني أيضا ، كما رأينا (٢) ، على أن الحق في . . . الأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة . وكان ينظم الآثار القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربي . ثم ألغى هذان القانونان وحل محلهما القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ ، وهو القانون الذي ينظم الآثار الآن في مصر . وبموجب هذا القانون الأخير يعتبر أثرا كل عقار أو منقول أظهرته أو أحدثته الفنون والعلوم والآداب والأديان والأخلاق وغيرها في عصر ما قبل التاريخ وفي العصور التالية إلى نهاية عصر إسماعيل ، ويعتبر كذلك كل عقار أو منقول يكتشف في مصر لحضارة أجنبية كان لها اتصال بمصر في عصر من العصور المشار إليها . كما أنه يعتبر أثرا كل عقار أو منقول يقرر مجلس الوزراء أن للدولة مصلحة قومية في حفظه وصيانته ، حتى لو كان يرجع إلى عهد بعد عصر إسماعيل ، بشرط أن يتم تسجيله طبقا للأوضاع التي ينص عليها قانون الآثار . ويعتبر في حكم الآثار الأراضي المملوكة للدولة التي اعتبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات

(١) وكذلك إذا باع المنقول من عثر عليه لمشتري حسن النية ، فإن حق المالك في استرداد المنقول يسطر بثلاث سنوات ، وإذا استرده في خلال هذه المدة فقد يلتزم برد الثمن إذا وجد في حالة من الحالات التي توجب ذلك .

ولا يعتبر شيئا ضائعا حيوان جامع ، فن يكبح جماع حيوان لا تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة ، ولا يأخذ عشر قيمة الحيوان ، وإنما يرجع بدهوى الفضالة لمصاحب الحيوان . كذلك لا يعتبر شيئا ضائعا اللواجم والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها ، فن يستولى عليها في فترة انطلاقها بنية تملكها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تدلوسية ليستولى عليها بعد في حكم السارق (محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣٢) .

(٢) أنظر آتيا فقرة ٨ .

أو بمقتضى قرار يصدره وزير التربية والتعليم بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد ، وكذلك الأراضي المملوكة للأفراد التي تنزع الدولة ملكيتها لأهميتها الأثرية (١) .

ويتبين من ذلك أن الآثار قد تكون عقارا أو منقولا ، فهي بذلك تختلف عن الكنز واللقطة اللذين لا يكونان إلا منقولا . وتختلف عن اللقطة في أن الآثار تكون في أغلب الأحيان مدفونة أو مخبوءة في باطن الأرض ، أما اللقطة فتكون كما قدمنا منقولا صاهرا أمام الناس . وإذا كانت الآثار تشترك مع الكنز في أن كلا منهما مدفون أو مخبوء ، إلا أن الآثار ليست فحسب شيئا له قيمة كالكنز ، بل هي فوق ذلك شيء من طبيعة خاصة ، فهي نتاج الحضارات المتعاقبة التي توالى على مصر أو الحضارات الأجنبية التي كان لها اتصال بمصر وتقتضى المصلحة القومية حفظه وصيانه . ويرى من ذلك أن الأصل في الآثار أن تكون أموالا لا مالك لها ، فهي مخلفات العصور الحالية وقد تركها أصحابها إلى غير مالك . ولكن لما كانت الآثار لها قيمة كبرى ، وأهمية بالغة من ناحية التاريخ والحضارة والمصلحة القومية ، فإنها لذلك لا تترك ماثبة يأخذها أول

(١) وتنص المادة ٢ من قانون الآثار على أنه يعتبر في حكم الآثار الأراضي المملوكة للدولة التي اعتبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات ، أو بمقتضى قرار يصدره وزير المعارف السامية بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد الوطنى .

وقد قضت محكمة النقض بأن كل ورقة أو مخاطبة إدارية ليست قراراً من هذا القبيل لا يمكن - في علاقة الحكومة بالجمهور - أن تعتبر مغيرة لوصف الأرض ومخرجة لها من ملك الحكومة الخاص إلى ملكيتها العامة . وإذن فلا يكتفى لا اعتبار الأرض أثرية غير يمكن اكتسابها بوضع اليد بمعنى المدة ، لا مجرد صدور خطاب من مصلحة الآثار باعتبارها كذلك ، ولا وصفها بأنها أثرية في قوائم المساحة والتحديد (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣١ ص ٦١١) . وقضت أيضاً بأن حكم المادة السادسة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار ليس مقصوراً على الأراضي التي تقرر الحكومة بمذوره أنها أثرية ، بل يتناول أيضاً - كما هو صريح نصها - الأراضي التي سبق أن قررت الحكومة ، أى مجلس الوزراء أو الوزير المنوط به تنفيذ قانون الآثار ، أن لها هذه الصفة . فالقرار الصادر من وزير الأشغال ، قبل صدور قانون الآثار ، باعتبار أرض معينة أرضاً أثرية يكتفى لينسحب عليها حكم المادة السادسة من هذا القانون ، ولو كان القرار المذكور غير مستند إلى قانون سابق (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٤ ص ٤٤٠) .

من يستولى عليها تطبيقا لقواعد الاستيلاء ، فقد أخرجها القانون من هذا النطاق ، وقرر من القواعد ما يكفل حفظها وصيانتها حتى تنتقل إلى الأجيال اللاحقة كما وصلت إلينا من الأجيال السابقة . وجعلها القانون في الأصل من الأملاك العامة للدولة ، إلا ما نص على أن يكون مائكا خاصا^(١) . وعلى ذلك خرجت الآثار من أن تكون أموالا لا مالك لها إلى أموال لها مالك ، وهذا المالك هو الدولة في الأصل تملك الآثار ملكية عامة لا ملكية خاصة ، ويجوز أن يملك الأفراد بعض الآثار ملكية خاصة كما سيجيء . فالآثار إذن لا تكون محلا للاستيلاء ، كما لا يكون محلا للاستيلاء الكنز واللحظة فيما رأينا . وكل من يعثر مصادفة على أثر منقول أو عقارى على سطح الأرض أو فى باطنها لا يجوز له الاستيلاء عليه . ويجب أن يبلغ عنه فى الحال وأن يحافظ عليه حتى تتسلمه الجهة المختصة . وإلا اعتبر مسئوليا على أثر بغير ترخيص ، ووقعت عليه العقوبة المنصوص فى المادة ٣٠ من قانون الآثار . أما إذا كان العثور على الأثر قد وقع فى أرض لم يتقرر أنها أثرية ، ولو كانت هذه الأرض مملوكة لمن عثر على الأثر . فإن الأثر يبقى من الأملاك العامة . ولمن يبلغ عنه أو يسلمه فى الحال إلى أقرب جهة إدارية أو موظف المصلحة المختصة مكانة تقدرها لجنة خاصة يكون قرارها نهائيا وغير قابل للطعن أمام أية جهة أخرى .

وتنص المادة ٧ من قانون الآثار على أنه « لا يجوز للهيئات أو الأفراد الحفر بحثا عن الآثار ، ولو كانت الأرض مملوكة لهم ، إلا بترخيص يصدر بقرار من وزير المعارف العمومية ، بعد أخذ رأى المصلحة . وبعد التحقق من توافر الضمانات العلمية والفنية والمالية وغيرها فيهم » .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الآثار ليست جميعها عامة ، بل إن منها ما أنشأه الأفراد أصلا وانتقل بالتوارث إلى من خلفهم مما لا وجه معه لملكوته من المنافع العامة ، ومنها ما تملكه بوضع اليد عليه بعد زوال تخصيصه للمنفعة العامة مما يعتبر من الآثار غير مملوكة للحكومة (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٨ ص ١٠٦) .

والآثار التي تعتبر من الأموال العامة ، وهذا هو الأصل فيها كما قلنا ، ترد عليها ، نظرا لصفحتها هذه ، القيود الآتية : (١) لا يجوز هدمها أو نقلها أو تجديدها أو ترميمها أو تغييرها على أي وجه كان بغير ترخيص سابق من وزير المعارف العمومية بعد موافقة لجنة تسجيل الآثار ، ويكون إجراء الأعمال المرخص بها تحت إشراف المصلحة المختصة التي يكون لها أن تباشر في أي وقت على نفقتها ما تراه من الأعمال لازما لصيانة الأثر . (٢) لا يجوز التصرف في الآثار (١) ، ولا الحجز عليها ، ولا ترتيب حقوق ارتفاق تعاقدية على العقار الذي به الأثر ، فلا يجوز فتح منافذ أو مطلات على مبان أو أسوار أو أرض أثرية ، بغير ترخيص من المصلحة المختصة ، وإلا كان لها حق الالتجاء إلى القضاء المستعجل لإزالة ذلك على حساب المخالف ، كما لا يجوز المرور على هذه المباني أو الأسوار أو الأراضي . ويجوز أن تترتب حقوق ارتفاق قانونية (قيود قانونية) إذا كان لا ينشأ عنها ضرر للأثر ذاته . (ثالثا) لا يجوز كسب أي حق على الآثار بالتقادم . (رابعا) لا يجوز أن تنزع للمنفعة العامة ملكية الأراضي أو العقارات التي بها الأثر أو المتاخمة له ، إلا بعد موافقة وزير المعارف العمومية ولجنة تسجيل الآثار (٢) .

وقد حددت المادة ٢٢ من قانون الآثار ، على سبيل الحصر ، الآثار التي تعتبر مملوكة ملكية خاصة ، وهذه هي : (١) الآثار الموجودة وقت العمل بقانون الآثار في المجموعات الخاصة أو في حيازة تجار العاديات .

(١) ولا يجوز تملكها بأي سبب من أسباب كسب الملكية . وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الأثري لا يجوز التبايع فيه ، بل يبعه وشرائه باطلان ، وللحكومة أن تقاضي من يوجد هذا التمثال في حيازته مها كانت حسيته لتسترده منه بغير تعويض تدفقه له أو تمن ترده إليه . وليس له أن يعز بنص المادة ٨٧ مدني (قديم) ، لأن الشرع قديما أن أحكام تملك المنقول بالحيازة لا ترد مطلقاً على الأملاك العامة (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥) .

(٢) ولا يجوز أخذ سباخ أو أثرية أو غيرها من الأراضي أو الأماكن الأثرية ، إلا بترخيص من المصلحة المختصة وتحت إشرافها (م ١٢ من قانون الآثار) .

(٢) الآثار التي تعطى للمكتشف مكافأة له طبقاً لأحكام القانون . (٣) الآثار التي تعطى للحكومة بطريق البدل أو تتصرف فيها بالبيع أو التنازل طبقاً للمادة ٥ من قانون الآثار التي تجيز تبادل الآثار المنقولة المكررة أو بيعها أو التنازل عنها ، وذلك بقرار يصدره مجلس الوزراء بناء على طلب وزير المعارف وبعد موافقة المصلحة المختصة . (٤) الآثار المستوردة من الخارج لحساب المستورد ، كالنحف واللوحات الفنية التي ابتدعها فنانون الغرب في العصور الحالية . (٥) آثار العصر المسيحي وماتلاه من العصور إلى نهاية عصر إسماعيل التي توجد في ملك الأفراد ، ويكون قد تم تسجيلها وفقاً للأوضاع القانونية دون أن تنزع الدولة ملكيتها (١) . (٦) الآثار التي تعرضها المتاحف للبيع مما تستغنى عنه .

هذا وقد أورد قانون الآثار قيوداً متعددة على الملكية الخاصة للآثار تقررت للمصلحة العامة ، وقد سبق بيانها عند الكلام في قيود الملكية الواردة للمصلحة العامة (٢) .

١٤ - التركة التي لا وارث لها : إذا مات إنسان ولم يترك وارثاً ، ففي الشريعة الإسلامية توول تركته إلى بيت المال . وقد قدمنا ، عند الكلام في الأشياء الخاصة المملوكة للدولة (٣) ، أن بيت المال تمثله

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأمر العالي الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨١ بإنشاء لجنة حفظ الآثار القديمة العربية قد بين على سبيل الحصر أعمال هذه اللجنة فيما نص عليه في المادة الثانية منه ، والمفهوم من هذا النص أن هذه الأعمال مقصورة على الآثار العامة . وليس في هذا النص ولا في باقي مواد الأمر العالي المذكور ما يفيد أن أعمال تلك اللجنة تتناول الآثار غير المملوكة للحكومة . فإذا حصل أن قامت اللجنة بتسجيل أثر من الآثار غير المملوكة للحكومة ، فإن هذا التسجيل لا يمكن أن يترتب عليه أي حق للحكومة قبل صاحب الأثر . أما القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربي ، فالمفهوم من نصومه أنه يجب لتسجيل الأثر أن يصدر قرار بذلك من وزير المعارف ، وأن يملن هذا القرار لصاحب المقار لكي يترتب عليه حق الارتفاق ، وليكون الإعلان مبدأ لمدة السنة المقررة لسقوط حق المطالبة بالتعويض . وإذا كان قرار التسجيل لم يملن لصاحب المقار ، فلا يبدأ سقوط الحق في المطالبة (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٨ ص ١٠٦) .

(٢) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٤٠٠ .

(٣) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٧٩ .

الآن خزانة الدولة ، فتكون التركات التي لا وارث لها ملكا خاصا للدولة . وتؤول التركة إلى الدولة ، لا باعتبارها تركة موروثة ، بل باعتبارها مالا لا مالك له (١) .

وكان مقتضى أن التركة التي لا وارث لها تعتبر مالا غير مملوك لأحد ، أن أموال هذه التركة يجوز تملكها بالاستيلاء ، شأنها في ذلك

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن وزارة المالية ، وإن كانت تحتل بيت المال ، لا تعتبر شرعاً وارثة . لأنه وإن نص شرعاً على أن بيت المال يأتي في الدرجة الأخيرة (الماثرة) من المستحقين للتركة ، فإن معنى ذلك أن بيت المال يكون أميناً بوضع المال تحت يده ليصرف في مصارفه الشرعية . فإن لم يوجد أحد من الورثة ، تودع التركة في بيت المال على أنها مال ضائع فتصير لجميع المسلمين . وعلى كل حال فإن بيت المال لا يجوز هذه التركة بطريق الإرث (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ١٢١ ص ٢٣٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن بيت المال الذي حلت محله وزارة المالية . وإن عد في المادة ٥٨٤ من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا مستحقاً للتركات التي لا مستحق لها ، إلا أنه ليس معتبراً في نظر علماء الشريعة الإسلامية وارثاً . ولما كان إنكار الوراثة الذي يستدعي استصدار حكم شرعي يجب أن يصدر من واثق ضد آخر يدعى الوراثة (المواد ٣٥٥ - ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩٣١) ، ومتى ثبت أن بيت المال غير معتبر شرعاً وارثاً ، فإنه لا يصلح خلعاً في دعوى الوراثة ، ولا يجوز لوزارة المالية بالتنازل إنكار الوراثة على أحد من يدعيها إنكاراً يستدعي استصدار حكم شرعي ، لأنها آينة فقط حل مال من لا وارث له . ويمكن لمن يدعي استحقاقه مال تحت يدها إثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال بإعلام شرعي (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكثف الفقه لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٧ رقم ٥٥) . وانظر آنفاً في هذا المعنى نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص ١٠٨٣ - وانظر استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٨٠ (لا تعتبر التركة شاغرة يستحقها بيت المال إذا كان المورث قد أوصى لأشخاص مقيمين في الخارج) .

وانظر في النتائج التي تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً لمن لا وارث له الوسيط ٨ فقرة ٧٩ - ومن بين النتائج التي تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً أنها تستحق التركة التي لا وارث لها الموجودة في مصر ، حتى لو كان صاحب التركة أجنبياً غير مسلم (مستخلص من حكم استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٦) . ذلك لأن مال أهل المنة الذين يتوفون بدار الإسلام عن غير مستحق له هو للدولة ، ولو كانت الدولة وارثاً لما وراثت من غير المسلم (الوسيط ٨ فقرة ٧٩ ص ١٥٨) .

شأن الأموال التي تصبح دون مالك بعد أن كان لها مالك من قبل . ولكن
المشرع أخرج التركات التي لا وارث لها من نطاق الاستيلاء ، لأهميتها
وتطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وجعل ملكية هذه التركات للدولة .
فتملك الدولة ، بمجرد وفاة المالك دون وارث ، تركته ، وذلك قبل
أن تضع بعدها على التركة ، لأنها تتملكها بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء .
وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢
بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث على ما يأتي :
« توّول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية
المتحدة والتي يخلفها المتوفون من غير وارث ، أيا كانت جنسيتهم ،
وذلك من تاريخ وفاتهم » (١) . وإذا ظهر وارث بعد ذلك ، أو أى
شخص آخر له حق في التركة كدائن للمتوفى ، فإن له أن يرجع بحقه .
ولكن هذه الحقوق كلها تسقط بالتقادم ، إذا انقضت خمس عشرة سنة
من تاريخ الوفاة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون
سالف الذكر على أن « ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ، ولو كان سببه
الميراث ، بمضي خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاة المورث ، أيا كان
تاريخ علم ذوى الشأن بواقعة الوفاة ، ما لم يتخلل هذه المدة سبب من
أسباب وقف التقادم أو انقطاعه » .

(١) ولا يوجد تشريع في شأن الأشخاص المعنوية التي تنحل دون أن يكون هناك من
يرثها ويخلفها على أموالها . والواضح أن الشخص المعنوي إذا كان شركة تجارية أو مدنية ،
فأصحاب الأسهم أو الحصص فيها هم الذين توّول إليهم أموال الشخص المعنوي . وإذا كان
جمعية أو مؤسسة ، ولم يوجد في نظامها ما يبين لمن توّول أموالها ، حولت هذه الأموال .
وفقاً للمادة ٢/٨ مدني المذكرة ، إلى إخصية أو المؤسسة التي يكون غرضها هو الأقرب
إلى غرض هذا الشخص المعنوي . أما في فرنسا فهناك نص عام يقضي بأن الأموال التي لا مالك
لها تكون ملكاً للدولة (م ٧١٣ مدني فرنسي) ، ومن ثم يمكن القول بأن أموال الشخص المعنوي ،
إذا لم يكن قد عين له خلف ، تكون ملكاً للدولة (كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة
١١٣٠ ص ٩٢١) .

وثنفى جميع عناصر التركة ، ويودع حاصل ثمنها بالخزانة العامة (١) لحساب التركة ، حتى تثقرر حقوق ذوى الشأن فيها أو تنتهى مدة سقوط هذه الحقوق بالتقادم وهى خمس عشرة سنة كما تقدم . وفى حالة ظهور مستحق للتركة ، يخصم من نصيبه رسم قدره ١٠٪ من إجمالى الإيراد. نظير أعمال الإدارة و ٥٪ من إجمالى الثمن نظير نفقات التصفية ، كما يخصم سائر المصروفات الفعلية الأخرى (٢) .

المبحث الثانى

الاستيلاء على العقار

١٥ - نهى قانونى : كانت المادة ٨٧٤ مدنى تنص على ما يأتى :

« ١ - الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة » .

« ٢ - ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح » .

« ٣ - إلا أنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير

(١) فوزارة الخزانة وحدها (أى الخزانة العامة) هى المختصة بذلك . باعتبار أنها هى بيت المال . وقد قضت محكمة النقض بأن البطيريركية ليست جهة حكم ولا جهة لبطمال من لم يظهر له وارث ، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال . فتصرف البطيريركية بتسليم النفود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة ، الذى لا يرثها بحال ، ليس له لذى الخلف فيه ، هو تصرف غير مشروع من شأنه . ولا يدخل إطلاقاً فى حدود سبقتها باعتباره شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام ، وإذن فهى مسئولة عن هذا التصرف باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون الخاص (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٧ رقم ٥٦) .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٩ فى الخامس .

ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتالية خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك » (١) .

وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، فنص في المادة ٨٦ منه على أن « تلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني ... » وعلى ذلك تعتبر الفقرة الثالثة والأخيرة من النص سالف الذكر ملغاة ، ولا يبقى من النص قائماً إلا الفقرتان الأوليان .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٨٠ / ٥٧ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في المادة ٨٧٤ من التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة من ثلاث فقرات ، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها والتي يعتبرها القانون ملكاً للدولة ، فقيل إن هذه الأراضي يجوز تملكها بمجرد زراعتها أو البناء عليها ، بخلاف الأملاك الخاصة للدولة التي لا يمكن تملكها إلا بسبب من أسباب التملك في القانون المدني وهي محصورة في سجلات مصلحة الأملاك الأميرية ، وبخلاف أملاك الدولة الثمة فهي غير قابلة للتملك بالتقادم أو التصرف فيها . فالأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها هي الأراضي الموات . وقد وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٨٧٤ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٥ - ص ١٩٩) .

(٢) التقنين المدني السابق ٨٠ / ٥٧ : أما الأراضي غير المزروعة المملوكة شرعاً للبرى ، فلا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن الحكومة ، ويكون أخذها بصفة أبادية تطبيقاً لقوانين - إنما كل من زرع أرضاً من الأراضي المذكورة ، أو بنى عليها ، أو غرس فيها غراساً ، يصير مالكا لتلك الأرض ملكاً تاماً ، لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات في ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها .

(وتتفق أحكام التقنين المدني السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما يتعلق بالفقرتين الأولى والثانية من نص التقنين المدني الجديد . أما فيما يتعلق بالفقرة الثالثة من هذا النص ، وهي التي حذفت بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وجوه الخلاف ما بينها وبين ما يقابلها من نص التقنين المدني السابق فيما يأتي : (أ) أوجب المشروع أن يكون المستول مصرى ، حتى لا يملك أجنبي أرضاً مصرية بهذا الطريق السهل . (ب) بين المشروع بوضوح أن الاستيلاء يترتب عليه -

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٣٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٤ - ٢٣٦ (١).

المطلب في الحال . وأن الحصول على ترخيص ليس ضرورياً في الاستيلاء . وهاتان المسألتان مشاركتان في التقنين الحال (السابق) وإن كان نص هذا التقنين لا يبرر هذا الخلاف ، فأراد المشروع أن يقضى على كل خلاف في هذا الصدد باستعماله ألفاظاً واضحة صريحة . (ج) ذكر المشروع أن الخمس السن التي يفقد المستوفى الملكية بعدم استعمال الأرض في أثناء ، يجب أن تكون سنتين متواليت . فأصبح المستوفى أقل تعرضاً لفقد ملكيته في المشروع منه في التقنين الحال (السابق) الذي لا يشترط التوالي . ويكفي في المشروع أن يستعمل المستوفى الأرض سنة كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ للملكية ، فإذا لم يبق من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبحت ملكيته باقية حتى قبل انقضاء الأربع السنوات الباقية لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - ص ١٩٨ .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٣٢ (مطابقة للفقرتين الأوليين من المادة ٨٧٤ مصرى . وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مصرى المحذوفة أنظر ما يقابلها في المواد ٨٣٢ - ٨٣٥ سوري) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٨ (مطابقة لفقرتين الأوليين من المادة ٨٧٤ مصرى) .
التقنين المدني العراقي م ١١٠٥ : ١ - إذا ردم عراقى جزءاً من البحر بأذن الحكومة ، مك الجزء المردوم . لكن إذا حصل على الإذن ولم يتم الردم خلال ثلاث سنوات ، بطل الإذن . ويجوز لغيره أن يردم بعد أن يحصل على إذن لنفسه . ٢ - وإذا كان الردم بغير إذن الحكومة ، صار الجزء المردوم ملكاً خاصاً للدولة ، ويباع للرادم ببدل المثل . فإن لم يقبل ، بيع لمن ترسو عليه المزايدة ، وإذا كان الرادم قد أنشأ أبنية في الجزء المردوم ، فإنه لا يطالب إلا ببدل مثل الأرض دون الأبنية ، وإذا بيع العقار بالمزايدة أخذت الحكومة من ثمنه قيمة الأرض وأعطت الباقي للرادم .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٤ : إن الإشغال يخول المشغل الأول ، بموجب رخصة قانونية من الدولة ، الحق في أن يكون مفضلاً على سواء لاكتساب حق انتصرف بالمقارات الحالية .

م ٢٣٥ : إن صاحب حق الأفضلية الذي يثبت ، بعد انقضاء ثلاث سنوات ، أنه فلاح الأرض ، أو شيد فيها أبنية ، أو غرس فيها أغراساً ، أو قام بإصلاحها ، وذلك ضمن شروط تنبئ في الأنظمة الخاصة المتعلقة بأموال الدولة ، لاكتساب محو حق تسجيل انتصرف في القسم متى فسخه أو غرسه أو بنى فيه أو أصلحه . بيد أنه يخسر حق انتصرف إذا امتنع بعد التسجيل وفي أثناء المشر السنين التالية ، عن استعمال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية . م ٢٣٦ : لا يخول الإشغال اكتساب أى حق كان على عقار سجل في السجل العقارى أو موجود تحت إدارة أملاك الدولة ، ولا على الغابات والمقارات المتروكة المرفقة أو المحمية . (وانتفرد بين قانون اللبناني والتقنين المصرى واضحة) .

وبعد أن صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني سالفه الذكر . أصبح الاستيلاء على العقار غير جائز . وقد رسم قانون سنة ١٩٦٤ . ومن قبله القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، طريقة تملك الأراضي الصحراوية .

وعلى ذلك نبهت المسائل الآتية : (١) تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكا للدولة . (٢) عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . (٣) كيفية تملك الأراضي الصحراوية طبقا لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقا لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . (٤) تملك الأراضي الصحراوية طبقا لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة ٨٧٤ مدني . (٥) حقوق الغير في الأراضي الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

١٦ - تحرير الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكا للدولة:

جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد تحديد هذه الأراضي ما يأتي : « يشمل المال المباح الأراضي غير المزروعة التي ليست ملكا عاما ولا ملكا خاصا ، وذلك كالصحارى والجبال والأراضي المتروكة . ونعتبر هذه الأراضي ملكا للدولة ، ولكنها مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الاستيلاء عليها » . (١) وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ينظم تنظيمًا شاملا العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة ، ويحدد أقسامها المختلفة ، فيعرض لتحديد الأراضي غير المزروعة المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني . وقد سبق أن عرضنا لأهم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٩٧ - وانظر في أن أراضي مربوط كانت تعتبر من الأراضي المباحة التي كان يمكن تملكها بتعيينه نفس مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ بمجموعة المكتب الفني لأحكام النقص في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٥ رقم ٢٨ - وفي أن الأراضي التي كانت مملوكة أصلاً لشركة أراضي المدن والضواحي وتداولها الأيدي لا تعتبر من الأراضي المباحة نقص مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ بمجموعة المكتب الفني لأحكام النقص في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٥ رقم ٢٩ .

أحكام هذا القانون في صدد الكلام في الدوين الخاص للدولة (١) ، ونعتمد هنا لأحكام هذا القانون التي تتصل بالمادة ٨٧٤ مدني محل البحث .

فقد قسم قانون سنة ١٩٦٤ الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة أقساماً ثلاثة : الأراضي الزراعية ، والأراضي البور ، والأراضي الصحراوية ويجب استبعاد الأراضي الزراعية والأراضي البور ، عند تحديد الأراضي غير المزروعة المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني . أما استبعاد الأراضي الزراعية فواضح . فهي أراض مزروعة بالفعل ونحن في صدد تحديد أراض غير مزروعة . وكذلك تستبعد الأراضي البور وإن كانت تشترك في كثير من الأحكام مع الأراضي الصحراوية ، لأن المادة ٢ (حرف ب) من قانون سنة ١٩٦٤ تعرفها بأنها « الأراضي غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضي المناخة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين » . فهي إذن في معظمها أراض واقعة داخل الزمام ، ويبدو أن المادة ٨٧٤ مدني لا تعرض للأراضي الواقعة داخل الزمام إذ أن هذه أراض لا يصدق عليها أنها « أراض لا مالك لها » قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ (٢) . فتبقى إذن الأراضي الصحراوية . وتعرفها المادة ٢ (حرف ح) من قانون سنة ١٩٦٤ بأنها « الأراضي الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها في البندين السابقين » . ويبدو أنه ، بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ ، تكون العبرة في تحديد الأراضي المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني بما إذا كانت الأراضي واقعة داخل الزمام أو خارجه (٣) . فالأراضي الواقعة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٨٩ - فقرة ٩٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يبين من الإطلاع على الأمر المال الصادر بتاريخ ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ أن نص المادة الثانية منه أخرج الأراضي الداخلة في زمام البلاد من نطاق الأراضي غير المزروعة التي يجوز تملكها بالاستيلاء . وحكم هذا النص لاشك أنه جرى سواء كانت وسيلة تلك هي الترسيع أو التعمير ، وبذلك لا يوجب انكسار بالاستيلاء على الأراضي الداخلة في الزمام أياً كانت وسيلة التملك (نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص ٤٦١) .

(٣) وهذا ما قضت به محكمة النقض حتى قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ : أنظر نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص ٤٦١ السابق الإشارة إليه .

المشار إليها هي الأراضي التي تدخل في نطاق تطبيق المادة ٨٧٤ مدني ، ويشمل ذلك الصحارى والجبال (١) .

وتنص المادة ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن : « تحدد بقرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي : بعد أخذ رأي وزير الأشغال . المناطق التي يجوز أن تباع فيها الأراضي البور والأراضي الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها ، وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه » . فالمناطق التي تباع فيها الأراضي الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها يتوخى في تحديدها إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه . والأراضي الداخلة في هذه المناطق هي مجال تطبيق قانون سنة ١٩٦٤ .

١٧- عزم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠

سنة ١٩٦٤ : وبوتخذ مما تقدم أنه بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ لم يعد يجوز تملك العقار عن طريق الاستيلاء ، إذ الاستيلاء يفترض أرضاً لا مالك لها ، وقانون سنة ١٩٦٤ يجعل الأراضي الصحراوية مملوكة للدولة ملكية خاصة . وسنرى أن هذا القانون يجعل تملك هذه الأراضي بآني عن طريق بيعها بالممارسة إلى الأفراد الراغبين في شرائها لاستصلاحها .

(١) قارن محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٠ - وانظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٧ ص ٤٢١ (ويذهب إلى أن المقصود بالأراضي غير المزروعة هي الأراضي الصحراوية والأراضي الرملية التي تحف ساحل البحر والجبال والأراضي البور غير المزروعة) - إسماعيل غانم ص ٥٠ (ويقول إن الرأي الراجح يذهب إلى أن الأراضي غير المزروعة تشمل كافة الأراضي غير المزروعة التي تدخل في الدومين الخاص للدولة ، بما في ذلك الصحارى والجبال) - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ ص ٣٥٧ (ويذهب إلى أن الأراضي غير المزروعة التي ذكرتها المادة ٨٧٤ مدني يراد بها كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ، ولا تدخل في أموال العامة ولا في أموال الدولة الخاصة ، فهي أراضي الموت ، كالأراضي متروكة والصحارى والجبال ، أي أنها الأراضي التي لا تدخل في زمام المدن والقرى . ولا يدخل في هذه الأراضي غير المزروعة طرح النهر ، لأن هذا يعتبر من أموال الدولة الخاصة ويخضع لأحكام معينة) . وانظر مادار من نقاش في لجنة مجلس الشيوخ في شأن الأراضي غير المزروعة التي يعتبرها القانون ملكاً للدولة ، وأنها غير أملاك الدولة الخاصة المحصورة في سجلات مصلحة الأملاك الأميرية ، وأنها هي الأراضي الموت : أنفاً ص ٥٠ هامش ١ .

فلم يعد جائزاً . بعد أن ألغيت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني على مامر . أن يعتمد مصري بدون ترخيص إلى وضع يده على هذه الأراضي ، ويزرعها أو يفرس فيها أو يبني عليها ، فيتملكها في الحال إذا هو لم ينقطع عن تعميرها على وجه معين (١) . وإذا قيل إن الأراضي التي لا يجوز الاستيلاء عليها هي الأراضي الداخلة في المناطق التي يتحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه (٢) ، وإن الأراضي غير الداخلة في هذه المناطق تبقى محلاً للاستيلاء ، أجيّب بأن الاستيلاء هنا لا قيمة له من الناحية العملية إذ المفروض أن هذه الأراضي لا يمكن انتفاعها بالرى فهي إذن لا تصلح للزراعة . وحتى لو قيل إنها تصلح للتعمير عن طريق البناء ، فيبقى أنه بعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني لم يعد ممكناً تملك هذه الأراضي عن طريق التعمير

- (١) أنظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٩ من ٢٧٤ هامش ٢ - كذلك لا يجوز تملكها بالتقادم لأنها ملك خاص للدولة ، وملك الدولة الخاص أصبح لا يجوز تملكه بالتقادم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ . وقبل ذلك كان يمكن تملك الأراضي الصحراوية بالتقادم المكسب وفقاً للقواعد العامة (استئناف وطني ١٢ مايو سنة ١٩١٠ المجموعة الرسية ١٢ رقم ٢٠ ص ٤٠ - استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨) ، وفي هذه الحالة لا حاجة إلى إذن مجلس الوزراء الذي تستلزمه أحكام الأمر العالي الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ (استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسية ٢٨ رقم ٥٧ ص ٩٢ - وأنظر في هذه المسألة محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٠٨) - وقد قضت محكمة النقض بأن الأراضي المزروعة التي لا مالك لها (م ٥٧ من القانون المدني القديم وم ٨٧٤ من القانون الحالي) كانت كثيرها من أموال الدولة الخاصة تخضع لقواعد التقادم المكسب ، شأنها في ذلك شأن سائر أموال الأفراد حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذي عدل المادة ٩٧٠ من القانون المدني القائم وأضاف حكماً جديداً يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة للملكة للدولة أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم (نقض مدني ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١) . وفاز في هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ من ٣٥٦ هامش ٢ (ويذهب إلى جواز تملك هذه الأراضي بالتقادم في الحدود التي استحدثها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بملك الأراضي الصحراوية . ومما يمكن من أمر ، لقن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لم يدع مجالاً للشك في أن هذه الأراضي قد أصبحت ملكاً خاصاً للدولة ، شأنها في ذلك شأن سائر أموالها الخاصة ، فتسرى عليها جميع الأحكام المتعلقة بهذه الأموال ، ومنها عدم جواز تملكها بالتقادم) .
- (٢) م ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ سالفة الذكر : أنظر آنفاً ص ٥٤ .

وحده . ونرى من ذلك أن الاستيلاء بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ لا يرد على العقار ، وإنما يرد على المنقول وحده .

أما قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ : والأدق قبل صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية ، فإنه كان يمكن القول ، قبل حذف الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني ، إن الأراضي الصحراوية كانت تعتبر من وجه أرضا لا مالك لها . فالفقرة الأولى من المادة ٨٧٤ مدني تصرح بأنها أراض غير مزروعة « لا مالك لها » ، وإذا كانت نفس الفقرة تصرح في الوقت ذاته بأنها « ملك للدولة » ، فإن هذه الملكية كانت من الضعف بحيث إنها كانت لا تحول دون الاستيلاء على الأرض دون ترخيص وتملكها في الحال إذا أخذ هذا الاستيلاء صورة التعمير . فلم تكن هذه الأراضي إذن بمنزلة الأراضي الداخلة في الزمام والتي تملكها الدولة ملكية خاصة ، بل كانت أرضا مباحة يملكها من يستولى عليها عن طريق التعمير . وقبل أن يستولى عليها أحد ، كانت ملكيتها تسند إلى الدولة ، وهي ملكية أقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقية (١) . ولذلك كان الاستيلاء يرد عليها ، لا فحسب عن طريق التعمير ، بل أيضا عن طريق الترخيص . ومن هنا جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وللاستيلاء على المال المباح طريقان : طريق الترخيص الذي يصدر من الدولة وفقا للوائح المقررة ، وطريق الاستيلاء الحر وشرطه التعمير (٢) » .

(١) قرب عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٧٧ ص ٤٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - ويلاحظ أنه عند صدور التقنين المدني

الجديد كان تملك الأراضي الصحراوية خاضعا لنظام الترخيص طبقا للأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ، الذي من العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . ولما صدر التقنين المدني الجديد ، نشب خلاف فيما إذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من هذا التقنين جعلت الترخيص المقرر بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ غير ضروري فيجوز للأفراد وضع اليد على الأراضي الصحراوية لتسييرها دون حاجة إلى ترخيص من الدولة كما ينص صريح نص المادة ٣/٨٧٤ مدني ، أو أن الترخيص بقى ضروريا طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد . وبقي الخلاف =

أما الآن . بعد أن صدرت القوانين التي تنظم تملك الأراضي الصحراوية وبخاصة قانون سنة ١٩٦٤ . لم يعد هناك محل للقول بأن ملكية الدولة للأراضي الصحراوية ملكية ضعيفة ، بل هي قد أصبحت كما سبق

قائماً إلى أن صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ . فقررت مذكرته الإيضاحية أن الترخيص بقى ضرورياً بالرغم من صدور التقنين المدنى الجديد . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فظم هذه المسألة تنظيمياً تشريعياً في المادة ٧٥ منه . وسنعود إلى نص هذه المادة مع مذكرتها الإيضاحية (أنظر مايل فقرة ٢٠) .

هذا وقبل ذلك ، أى قبل صدور الأمر المسمى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ، كان قد صدر أمر عال فى ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ يمنح العربان فى بعض الجهات الحق فى استغلال الأراضي الصحراوية ، بزارعتها فى الشتاء على مياه الأمطار ، مع تحريم التصرف عليهم فى هذه الأراضي بالبيع أو الرهن أو النزول . من حق انتفاعهم لغيرهم إلا إذا كانوا قد استلکوا هذه الأراضي بمقتضى حجاج رسمية (أنظر استئناف وطنى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٨٧ ص ١١١ - استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٧ ص ٩٩٣ - الاسكندرية الوطنية ١٥ يونيه سنة ١٩١٨ الحقوق ٣٥ ص ٧٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٩ ص ١٠٢ - ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص ١٩٦ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢ ص ٣٩ - ص ٤٠) .

ثم صدر بعد ذلك أمر عال فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ يجعل تملك الأراضي الصحراوية موقوفاً على إتمام إجراءات معينة . وقد أخرج هذا الأمر العالى من نطاق التملك بالطريقة التى رسمها أراضي الجزائر وشاطئ النيل وشواطئ الترع والأراضي الحرة الناتجة من زيادة المساحة وليس عليها أموال مقررة وسائر الأراضي الداخلة ضمن زمام البلاد . وقسم الأراضي الصحراوية بعد ذلك إلى ثلاث درجات : (أ) الأراضي غير المزروعة التى لا يترتب على استغلالها صعوبات أو مصروفات جسيمة ، ولا يجوز أن يعطى لأفرد الواحد من هذه الأرض أكثر من ١٥٠٠ فدان . (ب) الأراضي المألحة والأراضي المستنقعة التى يقتضى إعدادها للزراعة مصروفات كثيرة . (ج) الأرضى المعروفة بالبرارى التى يترتب على استغلالها مصروفات باهظة ، فقلا عن التكاليف التى يقتضيا إنشاء المصارف والجسور وغير ذلك . فأراضي الدرجة الأولى تمنى من الأموال مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، وأراضي الدرجة الثانية تمنى مدة لا تتجاوز ست سنوات ، وأراضي الدرجة الثالثة تمنى مدة لا تتجاوز عشر سنوات . ويجرى تملك الأرض للطالب باستيفاء الإجراءات الآتية : (١) يقدم صاحب مكتوب إلى رئيسة مجلس تدار ، مبيناً فيه اسم الخوض الذى يكتن به الأرض نظرية والمقدار المطلوب الاستيلاء عليه لتعميره . وتمضى الأولوية للأسبق من الطلبات ، فإن قدم طلبان فى آن واحد أعطيت الأولوية للأقرب من جهة الأطلان ، فإن تساوى فى القرب يفرع بينهما . أما الأطلان المتوطن فيها عربان ، فتعطى لهم بالأولوية متى طلبوها . (٢) يعين مندوب من مصلحة المساحة لمسح الأرض وتحديد مداها وتقديم تقرير بذلك المجلس النظام . (٣) يصدق

القول ملكية حقيقية كملكيتها لسائر أموالها الخاصة : فللدولة أن تؤجر هذه الأراضي وأن تبيعها وأن تنصرف فيها تصرفها في أي مال تملكه ملكية خاصة . وعلى ذلك أصبحت الأراضي الصحراوية لها مالك هو الدولة ، فلم يعد يجوز تملكها بالاستيلاء .

مجلس النظار على الطلب . (٤) تجوز حجة مشتلة على شروط التملك . (٥) تسلم الأرض للطلاب بمعرفة مندوب المديرية - أنظر محمد كامل مرمى ٣ فقرة ٢٢ ص ٣٧ - ص ٣٩ . . والذي يستخلص مما تقدم أن الأمر العالي الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ إنماینظم تملك الأراضي الصحراوية للأفراد عن طريق الترخيص لهم في الاستيلاء عليها ، فيتملكونها ، لا بالشراء لأنهم لا يدفعون ثمناً (وإنما يدفعون رسماً في مقابل مسح الأرض وتحديداتها) ، ولكن بالاستيلاء المرخص فيه من الحكومة ، وذلك بقصد تعيير هذه الأراضي . ولذلك أعفيت الأراضي ، كما رأينا ، من الأموال الأميرية ، لمدة متفاوتة بحسب درجة الأرض ، حتى إذا تم تمييزها في خلال هذه المدة فرشت عليها الأموال . قارن مع ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٢ . ويتم تملك الأرض أي الاستيلاء عليها بتحرير الحجة وتسليم الأرض للطلاب ، ولو كان التملك بطريق الشراء لكان يكفي تقابل الإيجاب والقبول ، أي تقديم الطلب وتصديق مجلس النظار عليه ، وذلك قبل تحرير الحجة وتسليم الأرض . أنظر في أن الطالب لا يحق له التمسك بقرار مجلس النظار الذي هو عمل داخلي للحكومة يجوز العدول عنه وسحبه ، مادام هذا القرار لم يمتبه تحرير الحجة وتسليم الأرض : استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٠ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٤ - ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٣ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٦ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٣ - الاسكندرية الابتدائية المختلطة ٣ أبريل سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ١٠٥ ص ٣٠٨ - المطارين ١٤ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٨٦ ص ٣٨٠ - وقارن مصر الابتدائية الوطنية ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٦٩ - ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الترخيص هنا تصرف قانوني يجب شهره لكونه من التصرفات الناقلة للملكية ، وفقاً لآلئادة ٩ من قانون تنظيم الشهر المقادى (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٧٨ - إسماعيل غانم ص ٥٠ - عبد المنعم فرج اعنه فقرة ٢٤٧ ص ٣٥٩) .

وبق الأمر العالي الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ معمولاً به إلى أن صدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ المشار إليه في صدر هذه الحاشية ، وقد مد العمل بهذا الأمر العسكري كما قدمنا بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . ثم صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، وصدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر .

١٨- كيفية ملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٤

لسنة ١٩٥٨ ثم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤

رأبنا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٨٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « ولا يجوز تملك هذه الأراضي (الأراضي الصحراوية) أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح » .

وقد صدر فعلاً القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ينظم تملك الأراضي الصحراوية . وقد سبق أن عرضنا لهذا القانون في صدد الكلام في القيود التي ترد على الحق في التملك (٢) . ونعرض له هنا في إيجاز باعتبار أنه كان قانوناً ينظم حق الأفراد في تملك الأراضي الصحراوية . وقد بدأ في مادته الأولى بأن يحظر على أي شخص أن يملك بأي طريق كان . عدا الميراث ، عقاراً كائناً باحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام ، وهذه هي بوجه عام الأراضي الصحراوية . ثم أتى بعد ذلك باستثنائين . أجاز في الاستثناء الأول منهما لوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لا يشملها الحظر : فيجوز للأفراد أن يملكوا الأراضي الصحراوية الداخلة في هذه المناطق : ويبدو أنه كان يجوز للأفراد . بالنسبة إلى هذه الأراضي التي استثنت من الحظر ، أن يملكوها بالاستيلاء عن طريق التعمير طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني التي لم تكن قد ألغيت بعد (٣) . والاستثناء الثاني خاص بالمناطق التي لم تستثن من الحظر . فيجوز لوزير الحربية حتى في هذه المناطق الترخيص للأفراد في تملك الأراضي . وتقضي المادة الثالثة من القانون بأن يعتبر باطلاً كل تصرف يقع مخالفاً لهذه الأحكام . ولم يكن للقانون أثر رجعي . فبقى الملاك السابقون محتفظين بحقوقهم المكتسبة .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٥ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤١٥ .

(٣) أنظر في هذا المعنى إسماعيل غانم ص ٥١ هامش ١ - عبد المنعم فرج العبد فقرة

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى القانون السابق ، ويحل محله ، وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر . ويقضى بأن تكون الأراضي الصحراوية كلها ملكا خاصا للدولة ، ولا يجوز لأحد تملكها بالاستيلاء . وإنما يملكها الأفراد لاستصلاحها في المناطق التي يكون محققا إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه ، بطريق الشراء ممارسة من الدولة . فقد نصت المادة ٢٣ من هذا القانون بأنه « يجوز لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضي أن يرخص في التصرف في مساحات من الأراضي البور والأراضي الصحراوية غير المزروعة ، ببيعها بطريق الممارسة إلى الأفراد الراغبين في شرائها لاستصلاحها ، في حدود عشرين فدانا من الأراضي البور أو خمسين فدانا من الأراضي الصحراوية بالنسبة إلى كل مشر ، وذلك بالشروط الآتية : (١) أن يكون المشتري متمتعاً بجنسية الجمهورية العربية المتحدة ، بالغاً سن الرشد ، من ذوى السمعة الحسنة ، لم يسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بالحبس في جريمة مخلة بالشرف مالم يكن قد رد إليه اعتباره . (٢) أن يتعهد المشتري باستصلاح الأراضي المبيعة وزراعتها خلال سبع سنوات بالنسبة إلى الأراضي البور ، وخلال عشر سنوات بالنسبة إلى الأراضي الصحراوية ، وذلك من تاريخ تسليم الأرض إليه . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة ، وتقدير الثمن ، وشروط أدائه ، ومدته ، وفوائده ، وسائر أحكام البيع الأخرى » . وإذا لم يقيم المشتري باستصلاح الأرض وزراعتها في خلال المدة المحددة ، اعتبر عقد البيع مفسوخاً من تلقاء ذاته دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو حكم قضائي ، ويلزم المشتري الذى انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة عن تلك الأرض عن المدة السابقة اعتباراً من تاريخ تسليمها إليه ، ويستتول من قيمة هذه الأجرة ما أداه المشتري قبل انفسخ من ثمن وفوائد . كما يلزم المشتري الذى انفسخ عقده بتسليم الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الحكومة ، دون أن يكون له الحق في المطالبة بأية تعويضات عنها . وفي خلال المدة التي يستصلح فيها المشتري الأرض ، لا يجوز له التصرف فيها لأحد .

فاذا ما أتم استصلاحها في خلال الميعاد المقرر ، جاز له أن يتصرف فيها . ويكون التصرف في هذه الحالة إلى صغار الزراع الذين تكون حرفتهم الزراعة أو الرعى أو الصيد باعتبارها مورد رزقهم الرئيسي . وبشرط ألا يكون مجموع الأرض المتصرف فيها لكل واحد منهم وما يملكه هو وزوجته وأولاده القصر على عشرة أفدنة من الأراضي الزراعية والبور والأراضي الصحراوية المستصلحة . كذلك يجوز الترخيص في بيع مساحات تجاوز العشرين فدانا من الأراضي البور أو خمسين فدانا من الأراضي الصحراوية غير المزروعة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة . بشرط أن تم استصلاح ما تشتره من الأراضي وزراعتها خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليها ، وإلا انفسخ عقد البيع على النحو الذي بيناه فيما تقدم . ولا يجوز لهذه الأشخاص الاعتبارية التصرف في الأراضي التي تشترها إلا بعد أن تم استصلاحها وزراعتها ، ويكون التصرف في هذه الحالة إلى صغار الزراع بالشروط المبينة فيما قدمناه .

وجوز للدولة أن تعهد إلى أشخاص اعتبارية عامة أو خاصة في استصلاح الأراضي الصحراوية وتعميرها وزراعتها ، وفقا لبرامج التنمية ومخططاتها . فاذا ما تم استصلاح هذه الأراضي ، وزعت على صغار الزراع وخريجي المعاهد الزراعية ، بحيث يختص كل منهم بملكية جديدة لا تقل عن أربعة فدان ونصف ولا تزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعا لجودة الأرض والحالة الاجتماعية للمستفع . ويجب توافر شروط معينة فيمن توزع عليهم الأراضي الصحراوية المستصلحة ، وتكون الأولوية في توزيع هذه الأراضي وفقا لترتيب معين . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد تقرير ثمن الأراضي المستصلحة ، وشروط أداء هذا الثمن ، ومدته ، وفوائده ، وسائر أحكام التوزيع .

ولوزير الحربية ، بعد أخذ رأي وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي ، أن يحدد بقرار منه المناطق التي يحظر فيها تملك الأراضي الصحراوية ، لأغراض عسكرية . ويجوز نزع ملكية الأراضي الصحراوية أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا ، إذا اقتضت ذلك دواعي المحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومي الخارجي أو الداخلي . وتحدد اللائحة التنفيذية

الإجراءات التي تتبع في نزع ملكية الأراضي الصحراوية والاستيلاء المرفقة عليها ، ويتقاضى أصحاب هذه الأراضي تعويضا عينيا أو نقديا (١) .

وبعد أن بين قانون سنة ١٩٦٤ الأحكام التي تسرى في تملك الأراضي الصحراوية على النحو الذي قدمناه ، نص في المادة ١/٤٧ منه على أنه « لا يجوز لأى شخص طبيعي أو معنوي أن يجوز أو يضع اليد بأية صفة كانت على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة التي تسرى عليها أحكام هذا القانون ، إلا وفقا لهذه الأحكام » . فأصبح لا يجوز لأحد أن يضع يده على الأراضي الصحراوية بطريق الاستيلاء والتعمير ، على النحو المبين في الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني ، ومن ثم نص قانون سنة ١٩٦٤ على إلغاء هذه الفقرة كما سبق القول .

١٩- تملك الأراضي الصحراوية طبقا لمظام الفقرة الثالثة المحذوفة من

المادة ٧٨٤ مدني : وإذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني قد ألغيت بالمادة ٨٦ من قانون سنة ١٩٦٤ ، فإن إلغائها لم يكن بأثر رجعي ، وقد ظلت مطبقة من وقت العمل بالتقنين المدني الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) إلى وقت إلغائها . لذلك يحسن أن نورد في إيجاز ما تشتمل عليه من الأحكام .

وتنص هذه الفقرة ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال

(١) وتنص المادة ٥١ من قانون سنة ١٩٦٤ على أنه «يجوز لوزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أن يرخص في تأجير بعض العقارات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون أو في التصرف فيها دون التقيد بأحكامه ، وذلك إذا كان التأجير أو البيع إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد بالنسبة إلى ما يحتاجونه من تلك العقارات لتنفيذ مشروعات تنفيذ في تنمية الاقتصاد القومي ، أو لدعم مشروعات قائمة منها ، أو لإقامة منشآت ذات نفع عليها ، وذلك بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة . ويكون التأجير أو البيع في هذه الحالات بالأجرة أو الثمن وبالشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية » .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٥ .

الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة. ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال في خمس سنوات متتابة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك .

ويستخلص من هذا النص أن هناك شروطا ثلاثة للتملك الاستيلاء : (١) أن تكون الأرض المعتبرة ملكا للدولة أرضا غير مزروعة وقد سبق تحديد الأراضي غير المزروعة (١) ، فلا يجوز الاستيلاء أرض مملوكة للدولة إذا كانت أرضا مزروعة داخل الزمام ، ولا على أى أرض مملوكة للدولة داخل الزمام حتى لو كانت أرضا بورا . فبقى إذن الأراضي الصحراوية خارج الزمام ، وهى التى يرد عليها الاستيلاء . (٢) أن يكون الشخص الذى يستولى على الأرض مصرى الجنسية . سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا كجمعية أو شركة أراض . وهذا الشرط مستحدث فى التقنين المدنى الجديد ، ولم يكن مطلوبا فى التقنين المدنى السابق فكان يجوز للأجنبي أن يستولى على الأراضي الصحراوية . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «أوجب المشروع أن يكون المستولى مصريا ، حتى لا يملك أجنبي أرضا مصرية بهذا الطريق السهل» (٢) . (٣) أن يكون الاستيلاء مصحوبا بالتعمير ، وهذا هو الغرض الأساسى من إباحة الاستيلاء على الأراضي الصحراوية . حتى يكون هناك حافز يستحث ذوى المقدرة على إحياء الأرض الموات ، ويشجعهم على ذلك بأن يجزيهم على ما بذلوا من جهد وأنفقوا من مصروفات يجعلهم يملكون الأرض التى يحيوها . والتعمير يكون ، كما يقول النص ، بأن يزرع المستولى الأرض أو يفرس فيها أشجارا أو يقيم عليها بناء . وليس من الضرورى أن يصل فى هذه الأمور إلى ثمرتها . بل يكفي فى زراعة الأرض أن يجعل منها مرعى ، وفى البناء

(١) أنظر آتيا فقرة ١٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ .

عليها أن يسورها وينصب فيها خياماً متنقلة فالتسوير وحده لا يكفي (١) .
ولكن يشترط أن يكون التعمير تعميراً جديداً من شأنه أن يحيي الأرض ،
وأن يدل على نية صاحبه من أنه آخذ في أسباب استغلالها والمضي في هذا
السييل (٢) . وعلى ذلك لا يكفي مجرد وضع اليد على الأرض ، وقبل
أن يعمر المستولى الأرض يجوز للدولة إخراجه منها حتى بالطرق الإدارية ،
لأنه قبل التعمير لا يكون قد تملكها فيصبح طرده منها (٣) . ولا يازم

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والمطلوب من
يعمار الأرض أن يزرع أو يبني وفقاً لما يمكن أن تعمله الأرض من أغراض ، فيكفى أن
يحمل الأرض مرعى أو أن يسورها أو ينصب فيها خياماً متنقلة » (مجموعة الأعمال التحضيرية
ص ١٩٧) . وقد وقع في المذكرة الإيضاحية خطأ مادي ، فحل لفظ « أو » محل « و » والمطف ،
وتكون العبارة الصحيحة هي : « فيكفى . . . أن يسورها وينصب فيها خياماً متنقلة » . وقد
جرى القضاء على أن التسوير وحده لا يكفي ، وقضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه إذا
كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشئاً للملك لا ناقلاً له ، فإن مجرد دخوله في ملكية
من استولى عليه لا يكفي قانوناً لاعتبار هذا المستولى متويماً بالملك ، ما لم يكن قد أجرى فيه
من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديه . فتسوير هذا النوع من المال أو مجرد
المرور به لا يكفي وحده في ثبوت جيازته أو وضع اليد عليه (نقض مدني ١١ يونيو سنة
١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص ٥٥٤) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص ٣٠ -
عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٧٩ ص ٤٢٢ - ص ٤٢٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٨
ص ٣٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨ - ولا تكفى زراعة منقطعة
تتمتع على الأمطار ، فالزراعة الجدية لا تقوم إلا بوسيلة من وسائل الري كشق ترعة أو حفر
بئر ارتوازي (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦) .
وعبء إثبات التعمير يقع على من يدعى التملك ، ولو كان هو المدعى عليه في دعوى المنازعة
في الملكية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٩ ص ١١٣) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤ ص ٤٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤٠ -
ص ٤١ - وبطلب من الحكومة أن تثبت أن الأرض هي من الأراضي غير المزروعة التي
لا مالك لها فتكون على هذا النحو مملوكة للدولة (الاسكندرية المختلطة ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣
ص ٤٤٠) . وقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية بأن الحكومة مشبهة بالأفراد إذا كانت مسكية أرض
في يد المدعى عليه ، فعليها أن تثبت أنها من أملاكها العامة أو الخاصة أو أنها من الأراضي
المملوكة شرعاً للميرى وفقاً لنص المادة ٥٧ مدني (قديم) ، أما قبل ذلك فليس لها أن تطالب
بوضع اليد باتامة الدليل على ملكيته (نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام
النقض ٢ رقم ٧٠ ص ٣٧٣) .

إلى جانب هذه الشروط الثلاثة أى شرط آخر . فلا يشترط أن يحصل المستوى على ترخيص من الدولة فى الاستيلاء ، وقد كان هناك تردد فى عهد التقنين المدنى السابق فى هذا الأمر . فكان هناك رأى يذهب إلى عدم لزوم هذا الشرط (١) ، ولكن الرأى الغالب كان يذهب إلى وجوب الحصول على ترخيص (٢) . فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بالنص صراحة على عدم لزوم الترخيص ، إذ يقول كما رأينا : « . . . تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة » . كذلك لا يشترط ، لملك الأراضى الصحراوية بالاستيلاء ، أن تفرض عليها ضريبة عقارية بعد الزراعة أو البناء ، أو أن تقيد فى المكافئة باسم المستصلح ، فقبل فرض الضريبة والتقيد فى المكافئة يكون المستصلح قد تملك الأرض بتعميرها (٣) .

ونرى من ذلك أن تملك المستصلح للأرض رهن بتوافر الشروط الثلاثة المتقدم ذكرها ، ويتم التملك من وقت التعمير . ويقول النص فى هذا المعنى : « . . . تملك فى الحال . . . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك » . وتكفي ذلك من الناحية القانونية أن المستصلح يملك فى الحال الأرض

(١) أسوان ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٥٤ ص ١٥٢ - طنطا الكلية ٨ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٥٦ ص ٨٠ - أسيوط الكلية ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٧ ص ١٧٠ - العايط ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ١٧ ص ٢٢٧ - الاسكندرية الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص ١٩٦ .

(٢) استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠٦ اخقوق ٢٣ ص ٢٢ - ٢ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٤١ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٤ ص ٩٥ - استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الخادمة ١٦ رقم ٢٦٥ ص ٦٠٧ - استئناف مخطوط ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٦ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨ - ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ .

(٣) استئناف مخطوط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٤ - الاسكندرية المخطوط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٠ .

التي استصلحتها ، ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع
عن التعمير في خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك خمس سنوات
متوالية (١) .

فهو أولاً يملك في الحال الأرض المستصلحة ، أى يملكها بمجرد
استصلاحها (٢) . ولا يتوقف ذلك على قيد في المكافئة كما قدمنا ، ولا يتوقف
على تسجيل إذ التسجيل لا يكرن إلا في التصرفات ، والتملك هنا قد تحقق
لا بنصرف قانوني بل بواقعة مادية هي واقعة التعمير . وما دام المستصلح
قد أصبح مالكا للأرض بمجرد التعمير ، فهو ككل مالك يستطيع أن
يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من التصرفات . ولا ينتظر
انقضاء الخمس عشرة سنة لأنه أصبح مالكا قبل أن يبدأ سريان هذه
المدة كما قدمنا ، بل إن سريان المدة لا يبدأ إلا من وقت تملكه كما سيجىء .
وبستطيع المستصلح أن يؤجر الأرض المستصلحة ، وأن يعطيها لغيره
مزارعة . ويجوز له أن يوصي بها ، وهي تورث عنه حتى قبل انقضاء
الخمس عشرة سنة (٣) . وسواء انتقلت ملكية الأرض المستصلحة
إلى خلف خاص كشر أو إلى خلف عام كوارث ، فإنها تنقل كما
كانت وهي في ذمة المستصلح : أى تنقل معلقة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع
الخلف عن تعميرها خمس سنوات متوالات في خلال الخمس عشرة
سنة التي تسرى من وقت تعميم السلف للأرض ، وتحسب المدة التي
انقطع فيها السلف عن التعمير كما تحسب المدة التي انقضت من الخمس
العشرة سنة والأرض في ملك السلف .

ثم إن ملكية المستصلح تكون معلقة على شرط فاسخ . فهي لا تصبح
ملكية بآنة مستقرة إلا إذا لم ينقطع المستصلح أو خلفه عن تعمير الأرض

(١) استئناف مخطط ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م

١٢ ص ٥٢ .

(٢) ويملكها بالقدر المفيد في استعمالها ، فيلحق بالأرض المستصلحة بالبناء المسافة
للأزمة لتج سطات تكون متنفذاً للبناء (محمد على عرقة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤١) .

(٣) محمد على عرقة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤١ .

خمس سنوات متواليات في خلال الخمس عشرة سنة التالية لتملك الأرض (١) فتحسب مدة الخمس عشرة سنة إذن من وقت تعميم الأرض ، لا من وقت وضع اليد . وقد كان التقنين المدني السابق يجعل هذه المدة تسرى من وقت وضع اليد ، فكانت المادة ٨٠/٥٧ من هذا التقنين تقول : « في ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها » . أما التقنين المدني الجديد فقد عدل بحق عن هذا الحكم ، وجعل المدة تسرى من وقت التعمير إذ يقول : « خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك » . ذلك أن الانقطاع عن التعمير يجب ألا يعتد به إلا من وقت التعمير ، ولو اعتد به من وقت وضع اليد لجاز أن تمضي مدة غير قصيرة بين وضع اليد والتعمير . وينبغي ألا يحسب هذا الوقت ضمن الخمس عشرة سنة وألا تسرى هذه المدة إلا من وقت التعمير كما هو صريح نص التقنين المدني الجديد . وفي خلال هذه المدة يجب ألا ينقطع المستصاح عن تعميم الأرض مدة خمس سنوات متواليات . وقد كان التقنين المدني السابق لا يشترط التوالى صراحة . فكان يقول « مدة خمس سنوات » ، ومن ثم كان هناك خلاف ، فرأى يذهب إلى وجوب التوالى ، ورأى آخر يذهب إلى عدم وجوبه . وقد حسم التقنين الجديد هذا الخلاف باشرطه التوالى صراحة ، إذ يقول « خمس سنوات متتابعة » (٢) . والفرق كبير بين التوالى وعدم التوالى : إذ أن عدم التوالى كان يجعل التملك أشق بكثير . فكان يكفي أن ينقطع المستصاح عن تعميم الأرض خمس سنوات

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤ ص ٤٢ - عبد الفتاح عبد البزق فقرة ٢٠٧ - وفارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢ : ويذهب إلى أن ملكية الأرض قبل تحقق عدم الاستعمال هي ملكية بانه ، لا ملكية معلقة على شرط فاسخ ، ولكنها ملكية ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال . وانظر أيضاً من هذا الرأي الأخير عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢ .

(٢) والتوالى في الخمس السنوات التي ينقطع فيها المستصاح عن التعمير قرينة على نية ترك المستصاح للأرض المستصلحة ، وهذه النية تستخلص من التوالى أظهر بكثير مما تستخلص من خمس سنوات على فترات متقطعة (انظر في هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٢١٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢) .

ولو غير متوالية في خلال الخمس العشرة سنة حتى يتحقق الشرط الفاسخ ،
فنفسخ ملكية المستصلح . فاذا انقطع سنتين بعد انقضاء ثلاث سنوات من التعدير ،
ثم استأنف التعدير خمس سنوات ، وانقطع بعد ذلك سنتين ، ثم استأنف
التعدير سنتين ، فانه إذا انقطع سنة بعد ذلك ، أى السنة الأخيرة لتمام
الخمس العشرة سنة ، تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت ملكيته ، مع
أنه يكون قد بقي يعمر الأرض عشر سنوات كاملة ، ولم ينقطع عن
تعديرها إلا خمس سنوات غير متوالية . أما في التقنين المدنى الجديد فالأمر
أيسر من ذلك بكثير ، إذ يشترط هذا التقنين التوالى كما قدمنا . فيكفى ،
حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ ، أن يعمر المستصلح الأرض سنة واحدة
ثم ينقطع أربع سنوات ، ويعود إلى تعديرها سنة واحدة وينقطع أربع
سنوات ، وهكذا حتى يتم الخمس العشرة سنة دون أن يكون قد قفى
في تعدير الأرض أكثر من ثلاث سنوات وانقطع عن تعديرها اثنتى
عشرة سنة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :
« ذكر المشروع أن الخمس السنين التى يفقد المستولى الماكية بعدم استعمال
الأرض فى أثناءها يجب أن تكون سنين متوالات . فأصبح المستولى أقل
نعرفا نفقد ملكيته فى المشروع عنه فى السنين الخال (السابق) الذى
لا يشترط التوالى . ويكفى فى المشروع أن يستعمل المستولى الأرض سنة
كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ للملكية ، فاذا لم يبق
من الخمس العشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ،
أصبحت ملكيته باثة حتى قبل انقضاء الأربع السنوات ، لاستحالة تحقق
الشرط الفاسخ » (١) . وانقطاع المستصلح عن التعدير معناه أنه إذا كان
قد زرع الأرض يكف عن زراعتها ، وإذا كان قد غرسها أشجارا ينقطع
عن تعهد الأشجار بالتسميد والصيانة ، وإذا كان قد أقام فيها بناء يترك
البناء دون استعمال ودون صيانة حتى يصبح معرضا للتخرب د

ويتحقق الشرط الفاسخ ، كما قلنا ، بانقطاع المستصلح عن التعمير خمس سنوات متوالات في خلال الخمس عشرة سنة التالية للملك (١) . فإذا ما تحقق ، انفسخت ملكية المستصلح بأثر رجعي ، واعتبر أنه لم يكن ما لكا منذ البداية . وعلى ذلك تزول جميع تصرفاته في الأرض المستصلحة تبعاً لزوال ملكيته بأثر رجعي (٢) . وتسرى القواعد العامة المقررة في تحقق الشرط الفاسخ (٣) ، وتعود ملكية الأرض المستصلحة للدولة .

أما إذا لم يتحقق الشرط الفاسخ ، فإن ملكية المستصلح تصبح ملكية بانه ، وتنشأ جميع تصرفات المستصلح في الأرض المستصلحة ، وتسرى القواعد العامة المقررة في تخلف الشرط الفاسخ . ويلاحظ أن تخلف الشرط الفاسخ هنا معناه أن يكون قد مضى على تعميم الأرض المستصلحة مدة خمس عشرة سنة دون أن ينقطع المستصلح عن تعميرها خمس سنوات متوالية . ولا يفهم من ذلك أن المستصلح قد ملك الأرض بالتقدم الطويل ،

(١) وإذا أثبت المستصلح واقعة التعمير ، كأن أثبت أن الأرض مزروعة فعلاً ، فللحكومة يقع عبء إثبات أن المستصلح قد انقطع عن التعمير خمس سنوات متوالات (الاسكندرية المختلطة ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن قرينة عدم الاستعمال المستخلصة من عدم فرض ضريبة على الأرض ينقضها إثبات أن الأرض مزروعة فعلاً (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٤) .

(٢) والذين لا يقولون بالشرط الناسخ انفسوا . فهم من يذهب إلى زوال التصرفات لا بناء على تحقق الشرط الناسخ بأثر رجعي ، بل لأن المستصلح الذي تصرف في الأرض كانت ملكيته ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال فلا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك (شفيق شعاته فقرة ٢١٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨٢) . ومنهم من سار في إنكار الشرط إلى نهايته ، فذهب إلى أن تصرفات المستصلح لا تزول بالرغم من زوال ملكيته بعدم الاستعمال ، لأن الملكية لا تزول في هذه الحالة بأثر رجعي (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢) . (٣) ولكن المستصلح يعتبر بانياً أو غارساً في الأرض بحسن نية ، فتسرى عليه القواعد المقررة في الانعقاد لبيان أو لغرض في سب غير بحسن نية (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٤ ص ٤٦) . ولا يتعارض هذا الحكم مع القول بانفساخ الملكية بأثر رجعي ، فإن الأثر الرجعي إنما هو مجاز قانوني لا يتعدى إلى الأعمال المادية التي تكون قد تمت قبل تحققه ، ولا شك في أن المستصلح وقت أن يبني أو غرس كان حسن النية إذ كان يبني أو يغرس في أرض يملكها (قارن شفيق شعاته فقرة ٢١٢ ص ٢١٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨٢) .

أى بانقضاء خمس عشرة سنة ، فهو قد تملك الأرض بمجرد تعميرها وقبل أن تبدأ الخمس عشرة سنة كما قدمنا : ونملكها بالاستيلاء المصحوب بالتعمير لا بالتقادم . وعلى ذلك لا تكون مدة الخمس عشرة سنة مدة تقادم ، بل هي ميعاد حدده القانون لا يجوز في خلاله أن ينقطع المستصاح عن التعمير مدة خمس سنوات متوالية . ومن ثم لا ترد أسباب الوقف ولا أسباب الانقطاع على مدة الخمس عشرة سنة ، فلا ترقف هذه المدة ولا تنقطع (١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فالملكية هنا لا تكسب بالتقادم العادى وإلا وجب أن تراخى إلى خمس عشرة سنة ، وإنما هى تكسب فى الحال معالقة على هذا الشرط الفاسخ » (٢) .

٢٠- مفهوم الغير فى الأراضى الصحراوية السابقة على القانون

رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : ولما كان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ليس له أثر رجعى ، وليس للقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ كذلك أثر رجعى كما سبق القول ، لذلك تبقى حقوق النهر الثابتة فى الأراضى الصحراوية والسابقة على هذين القانونين كما هى لا تخمسها أحكام هذين القانونين . وتأكيدا لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٧١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن « جميع التصرفات التى تمت قبل العمل بهذا القانون الواردة على عقارات كانت داخلة فى ملكية الدولة الخاصة ، تبقى نافذة بذات الشروط والأحكام السارية وقت إقرارها » .

ويمكن القول ، استخلاصا مما تقدم ، وتطبيقا للقواعد العامة ، أنه إذ وضع شخص يده على أرض صحراوية لتعميرها فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد) ، وعمرها بعد سنة ، فإنه يتسكها بمجرد التعمير فى سنة ١٩٥٠ . وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى كانت معمولا بها وقت ذلك ولم تكن قد حذفت .

(١) محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٤ ص ٤٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨١ ص ٤٢٤ -

وقارن شفيق شحاته فقرة ٢١١ (ويذهب إلى أن الخمس عشرة سنة هى مدة تقادم مسقط) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ .

ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ ، هو عدم الانقطاع عن تعميرها على النحو الذى قدمناه . فاذا هو لم ينقطع عن تعميرها خمس سنوات متواليات فى مدة الخمس عشرة سنة التالية للتملك ، أى إلى سنة ١٩٦٥ (١) فى الفرض الذى نحن بصدده ، فإن ملكيته تصبح باثة لتخلف الشرط الفاسخ . ولا يمس ملكيته هذه ، التى ثبتت له منذ سنة ١٩٥٠ ، لا صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ولا صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

على أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ قد نظم هذه الحقوق المكنسة تنظيماً تشريعياً ، إذ نصت المادة ٧٥ منه على ما يأتى : « يعنى فى تطبيق أحكام هذا القانون محنوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة فى إحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام فى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، المستندة إلى عقود تم شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد - ويعد مالكا بحكم القانون : (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون ، وبما لا يجاوز الملكية العقارية المقررة قانوناً . ولا يسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزءاً من السنة على مياه الأمطار فقط . فاذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار

(١) ولا عبرة هنا بأننا جاوزنا سنة ١٩٦٤ التى صدر فيها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فإن هذا القانون ليس له أثر رجعى كما قلنا ، والقانون الذى ينطبق فى الفرض الذى نحن بصدده هو الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى لم تكن قد حلت ، والتى كانت سارية وقت تملك المستلح للأرض تحت شرط فاسخ فى سنة ١٩٥٠

الجديدة التي تنشئها الدولة . (٢) كل من أتم قبل العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه إقامة بناء مستقر يحيزه ثابت فيه ولا يكون نقله منه ، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التي تلحق به وتعد مرفقا له بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر ، وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بهذا القانون ، (١) هذا ويجوز أن يكون شخص قد اشترى ، قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، أرضا صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها ، ولم ينجز هذا الاستصلاح . فيبقى حقه دون مساس به بعد صدور القانون المذكور ، بل ويمنحه هذا القانون مهلة إضافية يتم في خلالها استصلاح

(١) ونورد هنا المذكرة الإيضاحية لهذا النص وهي تشرح النص شرحاً مستفيضاً : « ولما كانت النظم القانونية التي تحكم الملكية في الأراضي الصحراوية قد مرت بعدة مراحل متعاقبة منذ أن صدرت بعض الأوامر العالية . . . التي كان بعضها يمنع العربان في بعض الجهات الحق في استغلال الأراضي الصحراوية في تلك الجهات ، ومن هذا القبيل الأمر العالي الصادر في ١٧ من المحرم سنة ١٢٨٤ هجرية (٢١ من مايو سنة ١٨٦٧ ميلادية) ، والتي كان بعضها الآخر يعلق تملك الأراضي البور المملوكة للدولة على استيفاء إجراءات معينة من بينها الحصول على إذن بذلك من الحكومة ، ومن هذا القبيل الأمر العالي الصادر بتاريخ ١٩ من ذى القعدة سنة ١٣٠١ هجرية (٩ من سبتمبر سنة ١٨٨٤ ميلادية) . وفي ظل القانون المدنى المصرى القديم ، اتجه الرأى فى الفقه والقضاء إلى اعتبار الأراضي الصحراوية الواقعة خارج الزمام من الأراضي المتروكة التي يجوز تملكها بالاستيلاء عليها بطريق الزراعة أو الفراس فيها أو البناء عليها ، وذلك استناداً إلى حكم المادة ٥٧ من القانون المدنى المصرى الأهل . . . وبقى الحال كذلك حتى صدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ بشأن تملك المقارنات فى أقسام الحدود ، الذى مد العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ بعد إلغاء الأحكام العرفية التى صدر فى ظلها . وقد حظر هذا الأمر على الأجانب أن يملكوا بنير طريق الميراث المقارنات الكائنة فى أقسام الحدود أو أن يكتسبوا أى حق عينى عليها ، كما قضى بوجوب حصول المصريين على إذن سابق من الحكومة بالنسبة إلى ما يتساكنونه بنير طريق الميراث من المقارنات المشار إليها واخترق تمنية الواردة عليها . . . ثم صدر القانون المدنى الجديد . . . وقسم المادة ٨٧٤ منه بأن . . . وبمعد ذلك صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ بتضمين تملك الأراضي الصحراوية ، وقد أشارت مذكرته الإيضاحية إلى أن « الجدل قد ثار حول ماورد فى المادة ٨٧٤ مدنى المشار إليها واتى تمييز تملك الأراضي بطريق الاستيلاء الحر . . . واشتد الجدل على وجه الخصوص فيها إذا كانت تلك المادة قد نسخت أحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . . . وقد اتجه القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى حسم ذلك =

الأرض ، إذ نصت المادة ٧٤ منه على أن « يمنع كل من اشترى أرضاً بوراً أو أرضاً صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها قبل العمل بهذا القانون مهلة يتم خلالها استصلاح الأراضي المبيعة له وزراعتها ، مدتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون أى المدتين أطول - فإذا لم يتم المشتري باستصلاح الأرض المبيعة وزراعتها خلال المهلة المشار إليها ، اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو حكم قضائي » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد : « ولما كان هذا الحكم المستحدث قد يدهم بعض المتصرف إليهم قبل تاريخ العمل بالقانون المرافق ممن تقاعسوا عن استصلاح وزراعة الأراضي البور والصحراوية

= الخلاف في الرأي . . . و أوضحت مذكرته الإيضاحية اتجاهها إلى تغليب فكرة قيام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ٤٥ حتى تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ ، واستدلت على ذلك بأن المشرع حينما أصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنح غير المصريين من تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها ، وهو لاحق للقانون المدني الجديد ، قد أشار في ديباجته إلى المرسوم بقانون المشار إليه فهو يعترف ببقائه قائماً إلخ . وترتب على هذا الاتجاه أن القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه اتجه إلى اعتناق مبدأ إهدار الحقوق المستندة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون المدني ، وإنكار الملكيات العقارية القائمة عليها في الأراضي الصحراوية . . . حتى لو كانت سابقة على تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ذاته . . . وقصرت المادة ٥ من هذا القانون الأخير إقرار الملكيات السابقة على نفاذه في حالات الملكية والحقوق العينية التي تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل بهذا القانون ، أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذا كانت شروطها قد نفذت .

«ومهما يكن من أمر وجهة النظر التي اتجه إليها القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى تغليبها ، فإن تطبيقه في العمل قد أثار شعوراً بالقلق في نفوس المواطنين في بعض المناطق الصحراوية فيما يتعلق بعدم الاعتراف بملكياتهم العقارية المستندة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون المدني الجديد وإلى حكم المادة ٥٧ من القانون المدني الأهم القديم المتباعدة لها والتي كانت سارية منذ سنة ١٨٨٣ ، أي قبل أن يصدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٠٠ والمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ المشار إليها بأكثر من نصف قرن . وبناء على ذلك فقد أعيد بحث جرائب النصوص التي شأبت القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، كما أعيد النظر في المبدأ الذي اعتنقه ذلك القانون في ضوء ما كشف عنه تطبيقه في العمل ، وفي ضوء الاعتبارات المتعلقة بالمعالة واحترام الحقوق المكتسبة والمبادئ المسلمة بالنسبة إلى تطبيق القوانين من حيث الزمان =

المتصرف فيها إليهم رغم انقضاء مدة العشر سنوات المشار إليها من تاريخ تسلمهم تلك الأراضي ، لذلك فقد روى إتاحة فرصة جديدة أمامهم بمنحهم مهلة إضافية مدتها سبع سنوات من تاريخ العمل بالقانون المرافق ، يلتزمون باتمام أعمال استصلاح وزراعة الأراضي المشار إليها خلالها . وروعى في قصر هذه المهلة الإضافية على مدة السبع سنوات التالية على العمل بهذا القانون دفع المتصرف إليهم المذكورين إلى مضاعفة جهودهم

« وقد استقر رأي الأجهزة الفنية في الوزارات والجهات الإدارية المختصة المختلفة إلى وجوب تعديل أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه على النحو الذى يوفر رعاية الحقوق المشروعة المحققة لأصحابها من المواطنين منذ ما قبل تاريخ نفاذ ذلك القانون ، وبكفل إفرل ملكياتهم السابقة على هذا التاريخ والاعتراف بها » .

« لذلك فقد أورد القانون المرافق في المادة ٧٥ منه أحكاماً انتقالية قصد بها إقرار الملكيات السابقة على القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه والاعتداد بها . وقد روى في صياغة هذه المادة تضمينها الحالات التى أقرها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه في مادته الخاصة بالنسبة إلى الملكيات العقارية والحقوق المعنية السابقة على تاريخ العمل به ، كما أشير فيها إلى حالات الملكية والحقوق العينية المستندة إلى أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه ذاته والتي تم إقرارها وفقاً لأحكامه بمد العمل به ، وكذلك فقد أوردت هذه المادة النص على إقرار حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الجديد (والمادة ٥٧ من القانون المدنى الأهل القديم من قبل) . وقصد من تعداد هذه الحالات في تلك المادة أن يكون النص عليها جامعاً مانعاً بحيث يقتصر الاعتداد في تطبيق أحكام القانون المرافق على الحالات المشار إليها القائمة قبل تاريخ العمل به » .

« وروعى بالنسبة إلى حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى وضع اليد ، اشتراط استمرار وضع اليد على الأراضي الواردة عليها تلك الملكية بطريق النراس أو الزراعة لمدة سنة كاملة على الأقل قبل العمل بالقانون المذكور ، ذلك رغم أن الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى المشار إليها كانت تقضى بأنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تمك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولوينير ترخيص من الدولة ، ونكتة يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابة خلال الخمس عشرة سنة التالية لملكه . والحكمة من اشتراط وضع اليد لمدة سنة كاملة سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه بالنسبة إلى الملكيات المشار إليها هو قصر الاعتراف بتلك الملكيات على الحالات التى تزرع فيها الأرض الصحراوية أو يستمر الغرس فيها لمدة سنة زراعية كاملة ، دون -

في استصلاح تلك الأراضي وزراعتها مستقبلاً ، حتى يتيسر تعويضهم في أقصر وقت ممكن عما فاتهم من كسب ، وتعويض ما فوتوه من نفع على المجتمع بفعلهم وبتقصيرهم في إحياء الأرض الموات المبيعة إليهم طوال المدة السابقة الممتدة من تاريخ تسلمهم تلك الأراضي .

= الحالات التي تزرع فيها هذه الأراضي أو تفرس بصفة غير منتظمة جزءاً من السنة على مياه الأمطار فقط .

« وتحقيقاً لما استهدف القانون المرفق من إقرار الملكيات — بنقطة على نفاذه في الأراضي الصحراوية وتأمين استقرارها وتوفير الحماية القانونية لها ، لذلك فقد روعي تضمين المواد من ٧٦ إلى ٧٩ من هذا المشروع الأحكام الانتقالية التي تعالج المراحل التي يمر بها الإخضرار عن تلك الملكيات ، وتحقيقها ، والفصل في المنازعات المتعلقة بها ، وإصدار المحررات المثبتة لتلك الملكيات المتضمنة الاعتراد بها ، ثم شهر هذه المحررات إلخ . »

الباب الثاني

كسب الملكية

بسبب الوفاة

الفصل الأول

الميراث

(Succession)

٢١ - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدني على ما يأتي :

« تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م ٧٧/٥٤) يعرض لأحكام القانون الدولي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٣٠٧ من المشروع التمهيدى حل الوجه الآتي : « تعيين الورثة ، وتحديد أنصبتهم في الإرث ، وانتقال أموال التركة إليهم ، تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والتقنيات المستمدة منها ، مالم يرد فيها نص خاص » . ووافقت لجنة المراجعة حل النص تحت رقم ٩١٦ في المشروع النهائي ، بعد حذف عبارة الأخيرة « مالم يرد فيها نص خاص » . ووافق مجلس النواب حل النص تحت رقم ٩١٤ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٥ ، بعد الاستعانة بعبارة والقوانين الصادرة في شأنها من عبارة « والتقنيات المستمدة منها » ، وذلك ولأن المراد من التشريعات التي تصدر في شأن الميراث . ووافق مجلس الشيوخ حل النص كما عدته بلحته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧) .

الخاص في الميراث ، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة هو قانون الدولة التي ينتمي إليها المتوفى بجنسيته (١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٣/٨٢٥ وم ٨٢٦ (١) وم ٢٠١/٨٣٦ - وفي التقنين المدني

(١) التقنين المدني السابق م ٥٤ وطني : يكون الحكم في الميراث هل حسب المقرر في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث في منفعة الأموال الموقوفة ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية .

م ٧٧ مختلط : يكون الحكم في الميراث هل حسب المقرر في قوانين الدولة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث في منفعة الأموال الموقوفة أو في منفعة الأراضي الخراجية ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية .

وبين من هذه النصوص (وبخاصة من نصوص التقنين المختلط) أن المعنى المقصود هو أن الميراث تتبع فيه أحكام قانون الدولة التي يتبعها المتوفى بجنسيته ، فتكون في صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لا في نطاق القانون الداخلي . ويكون المقابل لهذه النصوص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدني الجديد ، وتجري على الوجه الآتي : ويسرى حل الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف ، وقت موته .

هذا وقد صدر في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ بتعديل المواد ٥٤ ، ١/٥٥ و ١٣٠ من التقنين المدني الأمل بما يحمل نصوص هذه المواد وافسحة في المعنى المقصود . فأصبح نص المادة ٥٤ كما يأتي : ويكون الحكم في الميراث والوصايا هل حسب المقرر في قانون بلد المتوفى . وأصبح نص المادة ١/٥٥ كما يأتي : « تراعى أيضاً في أهلية الموصى لمل الوصية وفي صحتها الأحكام المقررة لذلك في قانون الموصى » . وأصبح نص المادة ١٣٠ كما يأتي : « الحكم في الأهلية المقيدة والمطلقة يكون هل مقتضى قانون بلد العاقد » . وكذلك صدر في نفس التاريخ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، وقد نص فيه على أن « قوانين الميراث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيها هي قانون أبدي فيما يتعلق بالميراث والوصايا ، هل أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا هل أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى » - أنظر في هذه القوانين ومذكرتها التفسيرية (وقد شرحت في أسباب الأسباب التي دعت إلى إصدار هذه القوانين) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٧ .

الليبي م ١/٨٧٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٦ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٠٤ وم ٢٢٨ (أ) وم ٢٣٠-٢٣١ (١) .

ويتبين من النص سالف الذكر أنه عرض للمسائل الرئيسية الثلاث التي يشتمل عليها الميراث ، وهي تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال ملكية هذه الأنصبة إليهم ، وذكر أن الشريعة الإسلامية وما يصدر من قوانين خاصة هي التي تسرى على هذه المسائل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد حسم المشروع بهذا النص الخلاف القائم في أمرين جوهريين في الميراث . فقضى بأن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق في ميراث المصريين حتى لو كانوا غير مسلمين ، وحتى لو انتفقوا جميعاً على تطبيق قانون ماتهم . وجعل

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣/٨٢٥ : كل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم قضائي يكون مالكاً له قبل تسجيله ، على أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل . م ٨٢٦ (أ) : يكتسب حق التسجيل في السجل العقاري بالأسباب الآتية : (أ) بالإرث .
م ١/٨٣٦ : ٢ - تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الإرث والانتقال . ٢ - لا يمنح الأجنبي حق الإرث في العقارات إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين . (وأحكام التقنين السوري تنفق إجمالاً مع أحكام التقنين المصري).
التقنين المدني الليبي م ١/٨٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٦ : ١ - يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة . ٢ - وتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها . (وأحكام التقنين العراقي تنفق مع أحكام التقنين المصري) .
قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٠٤ (موافق للمادة ٣/٨٢٥ سوري) .

م ٢٢٨ (أ) (مطابق للمادة ٨٢٦ (أ) سوري) .
م ٢٣٠ : تخضع التركات لأحكام القانون العام .
م ٢٣١ : لا يكون للأجنبي حق بالإرث أو بالوصية في التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين واللبنانيين هذا الحق . وتخضع تركة الأجنبي العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده .
(وأحكام القانون اللبناني تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين السوري ، فيما عدا أن القانون اللبناني لا ينص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية) .

هذه الشريعة هي التي تنطبق على جميع مسائل الميراث ، ومنها انتقال ملكية التركة إلى الورثة . فيجب إذن تطبيق القاعدة الشرعية المعروفة التي تقضى بالا تركة إلا بعد سداد الدين ، وهي قاعدة رشيدة تفصل ما بين شخصية المورث وشخصية الوارث ، وإذا كانت تناير النظام اللاتينية ، فإنها تتمشى مع النظام الجرمانية . ولكن الأخذ بهذه القاعدة يتنضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات ، فان اغفال هذا النظام في التقنين المدني الحالي (السابق) أوقع القضاء والفقه في كثير من الارتباك . وقد أراد المشروع أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص ينظم بها تصفية التركة ، وتعتبر هذه النصوص من أهم ما استحدثت ^(١) .

وقد أراد المشروع بوضع نظام لتصفية التركة تطابقة جماعية أن يحمى حقوق دائي التركة . ولكنه لم يجعل هذه التصفية أمرا إجباريا ، فنظم ، عند عدم الالتجاء إلى التصفية اممماعية ، طريقا لحماية الدائنين إذا اتخذوا إجراءات فردية ، وذلك بشهر حقوقهم .

ثم إن قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ومن بعده قانون السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، عالج كل منهما نقضا خطيرا كان ملحوظا في قانون التسجيل رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣ ، فأصبح الآن واجبا شهر حق الإرث حتى يستطيع الوارث أن يتصرف في الحقوق التي آلت إليه بالميراث .

ويخلص مما تقدم أن المسائل التي يجب بحثها في الميراث هي : (١) تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث . (٢) تنظيم حماية حقوق دائي التركة عن طريق إجراءات فردية أو إجراءات جماعية (تصفية التركة) . (٣) شهر حق الإرث .

البحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث

٢٢- الشريعة الإسلامية تطبق لجميع المصريين وفي جميع مسائل الميراث :

قدمنا أن التقنين المدني الجديد قد حسم الخلاف في أمرين جوهرين :

(١) فقد قضى بأن الشريعة الإسلامية ، في الميراث تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين (١) . والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى واضحة كل الوضوح في هذا الصدد ، إذ تقول : « الشريعة الإسلامية والتشيينات المستمدة منها هي التي تنطبق على ميراث المصريين جميعا ، مسلمين أو غير مسلمين . ولا ينطبق قانون الملة على غير المسلمين ، حتى لو اتفق الورثة جميعا على أن ينطبق . ولم يعد هناك محل للبحث فيما إذا كان قانون الملة هو الذي يحدد الورثة مبدئيا ، لينظر بعد ذلك فيما إذا كان هؤلاء الورثة متفقين على قانون الملة ليطبق نهائيا ، أو مختلفين فتطبق الشريعة الإسلامية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بذلك أخيرا ، بحلالة ماجرت عليه التقاليد من أن الشريعة الإسلامية هي التي تحدد الورثة من أول الأمر ، فإن لم يتفق هؤلاء الورثة على تطبيق قانون الملة طبقت الشريعة الإسلامية نهائيا . وقد قضى المشروع على هذا الخلاف ، فإن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق أولا وأخيرا ، ولم يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة في أى فرض من الفروض » (٢) .

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٧٨ ص ٤٨٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ - وقد كانت الشريعة الإسلامية ،

في عهد التقنين المدني السابق : هي الواجبة التطبيق بوجه عام على موارث جميع المصريين ،

مسلمين كانوا أو غير مسلمين (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص

٧٤) ، وذلك مالم يتفق الورثة الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم على غير ذلك ،

ماداموا يملكون التصرف في حقوقهم . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الأساسية في

موارث المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الإسلامية : مالم يتفق الورثة

(٢) وقضى التقنين المدني الجديد كذلك بأن الشريعة الإسلامية تطبق في جميع مسائل الميراث ، لا فحسب في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، بل أيضاً في انتقال ملكية التركة من المورث إلى الوارث .

فنستعرض في إيجاز المسائل المتعلقة بتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، وهي التي يطبق فيها قانون المواريث وهو مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية . ثم نستعرض كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، ونبين في إيجاز أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد وهي الأحكام الواجب تطبيقها وفقاً للمادة ٨٧٥ مدني سالفة الذكر (١) .

الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك . والقانون الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب مجالس طائفة الأقباط الأرثوذكس وبيان اختصاصاتها لا يشمل تلك القاعدة ، بل إن المادة ١٦ منه وهي التي أشارت إلى مسألة المواريث لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية ، بل كل ما في الأمر أنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم في الوراثة متى قبل كل الورثة اختصاصها : أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية ، فإن عبارة المادة لا يفهم منها هذا ، بل لا بد من أن يتفق كل الورثة على ذلك ، فيعمل باتفاقهم الذين هم أحرار فيه ، ماداموا يكونون أهلاً لتصرف في حقهم ، مدني ٣٠ - مايو سنة ١٩٠٥ - مجموعة المكتب الفني أحكام النفق في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ٩٩٨ رقم ١) . وانظر أيضاً نفق مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النفق ٧ ص ١ - وانظر استئناف محتلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٨ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٩٧ (يعين قانون الملة الورثة الذين يجب اتفاقهم على إخضاع الميراث لهذا القانون) - أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢١٣ .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وتطبق الشريعة الإسلامية في كل أمر يتعلق بالميراث ، فهي التي تبين الورثة ، وتقسّمهم إلى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام ، وتجري أحكام الحجب والعول والرد وما إلى ذلك من أحكام الميراث ، وتحديد نصيب كل وارث ، وتبين كيف تنتقل ملكية هذا النصيب من المورث إلى الوارث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٦) .

وحق لو وجب تطبيق قانون أجنبي على تركة مسلم طبقاً لقواعد الإسناد ، فإن محكمة النفق تستبعد من هذا القانون الأجنبي ما يخالف النظام العام في الشريعة الإسلامية . وقد قضت في هذا المعنى بأنه وفقاً للمادة ٢٨ مدني لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر . وإذا كان تطبيق -

١٩ - تعيين الورثة ومحرير انصباهم

٢٣- قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وما عرض منه من المسائل :

كانت المحاكم الشرعية تطبق ، في تعيين الورثة وتحديد انصباهم ، أحكام المذهب الحنفي في أرجح أقواله ، وكانت هذه الأحكام غير مقننة . وقد روى ، حتى قبل إدماج المحاكم الشرعية في المحاكم الوطنية ، أن هناك حرجا في الاقتصار على أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . فهناك مسائل في المذهب الحنفي وقع فيها اختلاف في ترجيح الأقوال ، أو لم ينص على ترجيح ، فتضاربت الأحكام باختلاف نظام القضاة . وهناك حوادث تدعو المصلحة إلى أن يكون الحكم فيها بالمرجوح من أقوال المذهب الحنفي ، أو بأحكام المذاهب الأخرى . فاستقر الرأي على وضع تقنين شامل للأحوال الشخصية وللأوقاف والموارث والوصية ، تختار أحكامه من المذاهب الإسلامية المختلفة ، ويراعى فيها ما يلائم حالة البلاد وما يساير رقيها الاجتماعي . فصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بأحكام الموارث ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف . والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوصية .

والذي يعنينا هنا هو قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقد قسم أبوابا ثمانية : الباب الأول في أحكام عامة وموانع الإرث ، والباب الثاني في أسباب الإرث وأنواعه ، والباب الثالث في الحجب ، والباب

= القانون الفرنسي على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث ، بينما تعتبرها الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والمصبات ، وكانت أحكام الموارث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر ، إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها ، مما لا يبع القاضى الوطنى منه أن يتخلل عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٤ بمجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٥ ص ٧٢٧) .

الرابع في الرد . والباب الخامس في إرث ذوى الأرحام ، والباب السادس في الإرث بالعصوبة السببية . والباب السابع في استحقاق التركة بغير إرث . والباب الثامن في أحكام متنوعة .

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب من الأحكام ، فهي من مباحث كتب الفقه الإسلامى . ولكننا نستعرض هنا في إيجاز تام . من خلال هذه الأبواب الثمانية . ما ينطوى تحت عبارة « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم » من المسائل الرئيسية .

٢٤ -- **المهملات العامة في الإرث :** فنى الأحكام العامة ، يقرر قانون الموارث أن سبب استحقاق الإرث هو موت المورث أو اعتباره ميتا بحكم القاضى فى حالة المفقود ، وموت المورث هو واقعة مادية تنقل ملكية التركة من المورث إلى الوارث . ويجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا ، فإذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا كما فى حالة الغرق والهدم والحرق فلا استحقاق لأحدهما فى تركة الآخر .

ويستحق من التركة قبل إرث الورثة : (١) ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته . (٢) ديون الميت . (٣) ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية .

ويمنع من الإرث : (١) قتل الوارث للمورث تمدا ، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل بالغا من العمر خمس عشرة سنة ، وبعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى . ويعتبر فى حكم القتل أن يشهد الوارث على المورث شهادة زور تؤدى إلى الحكم على المورث بالإعدام ، مع تنفيذ هذا الحكم . (٢) اختلاف الدين والدار . فلا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض . واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ، ولا يمنع من الإرث بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها .

٢٥ - الميراث بالفرض (أصحاب الفروض) : ويبدأ في التوريث

بأصحاب الفروض ، وهم :

(١) الأب والجد الصحيح : ولكل منهما فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولدان وإن نزل .

(٢) أولاد الأم : ولأولاد الأم فرض السدس ، والثلاث للابنتين فالأكثر ، ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء^(١) . ويحجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح وإن علا ، والولد وولد الابن وإن نزل .

(٣) الزوج والزوجة : وللزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وللزوجة . ولو كانت مطلقة رجعيًا^(٢) إذا مات الزوج وهي في العدة ، أو الزوجات ، فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والنثن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

(٤) البنات وبنات الابن : وللواحدة من البنات فرض النصف ، وللثنتين فأكثر الثلثان . وبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة . ويحجب كل من الابن وابن الابن وإن نزل ، بنت الابن التي تكون أنزل منه درجة) ، ويحجبها أيضًا بنتان أو بنتا ابن أعلى منها ما لم يكن معها من يعصها .

(٥) الأخوات الشقيقات والأخوات لأب : وللواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف ، وللثنتين فأكثر الثلثان . وللأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة . ويحجب الأخت الشقيقة كل من الابن وابن

(١) وإذا استغرقت الفروض التركة ، يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعاً ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء .

(٢) فإن كان الطلاق بائناً ، ولوبيئونة صغرى ، منع ذلك من الميراث شرعاً (نقض مدني ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٨ من ١٠٤٥) .

الابن وإن نزل ، والأب - ويحجب الأخت لأب كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل . كما يحجبها الأخ الشقيق والأخت الشقيقة إذا كانت عصبية مع غيرها والأختان الشقيقتان إذا لم يوجد أخ لأب

(٦) الأم والجدة الصحيحة : والأم فرض السدس مع الوالد أو ولد الابن وإن نزل ، أو مع اثنين أو أكثر من الأخت والأخوات . وإذا التفت في غير هذه الأحوال . غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط . كان لها ثلث ما بقي بعد فرض الزوج . والجدة الصحيحة هي أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن مات . وللجدة الصحيحة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهما على السواء لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين . وتحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقا . وتحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة ، ويحجب الأب الجدة لأب ، كما يحجب الجد الصحيح الجدة إذا كانت أصلا له .

هذا وإذا زادت أنصباء أصحاب الفروض على التركة . قسمت بينهم بنسبة أنصبتهم في الإرث . وهذا هو العول . ففي زوج وشقيقتين للزوج النصف فرضا وللشقيقتين الثلثان فرضا ، أفراد مجموع الأنصباء على الواحد الصحيح . فتقسم التركة بينهم بنسبة أنصبتهم . ويكون للزوج ثلاثة أسباع التركة وللشقيقتين أربعة أسباعها .

وعلى العكس من ذلك ، إذا لم تستغرق الفروض التركة ، ولم توجد عصبية من النسب ، رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فرض كل منهم . ففي بنت وزوجة للبنت النصف فرضا وللزوجة الثمن فرضا . ويرد باقي التركة وهو ثلاثة الأثمان على البنت دون الزوجة . ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبية من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام . فإذا مات الزوج . ولم يترك من أصحاب الفروض إلا الزوجة . وليست له عصبية من النسب ولا أحد من ذوى الأرحام ، أخذت الزوجة ربع التركة فرضا وثلاثة أرباعها ردا . ونرى من ذلك أن الرد ، في أحواله المختلفة ، هو نفيض العول

٢٦ - الإرث بالتعصيب (العصبات) : وإذا لم يوجد أحد من ذوى الفروض ، أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة ، كانت التركة أو ما بقى منها بعد الفروض للعصبة من الذكور . والعصبة من الذكور ثلاثة أنواع :

(١) العصبة بالنفس وهم جهات أربع . مقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى : (١) البنوة ، وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل . (٢) الأبوة ، وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا . (٣) الأخوة ، وتشمل الإخوة الأشقاء والإخوة لأب وأبناء الأخ الشقيق وأبناء الأخ لأب وإن نزل كل منهما . (٤) العمومة ، وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وإن علا سواء أكانوا لأبوين أم لأب ، وأبناء من ذكر وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .

وإذا اتحدت العصبة بالنفس فى الجهة ، كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت ، فيقدم الابن على ابن الابن فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة ، كان التقديم بالقوة . فن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قرابة واحدة ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب . فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة والقوة ، كان الإرث بينهم على السواء . فتتصرف التركة أو ما يبقى منها بعد الفروض بين الابنين أو بين الأخوين الشقيقين . والمراد من التقديم سالف الذكر هو التقديم فى الإرث بالتعصيب . فلا يبنى هذا أن الأب مثلا يرث بالفرض مع الابن الذى يرث وحده بالتعصيب باقى التركة بعد فرض الأب ، فيرث الأب السادس ويرث الابن خمسة الأسداس .

(ب) العصبة بالنسب وهم : (١) البنات مع الأبناء . (٢) بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا فى درجتين مطابقا أو كانوا أنزل منهن إذا لم ترثن بغير ذلك . (٣) الأخوات الشقيقات مع الإخوة الأشقاء ، والأخوات لأب مع الإخوة لأب . ويكون الإرث بينهم ، فى جميع هذه الأحوال ، للذكر شل حظ الانثيين .

(ح) العصبية مع الذير وهن : الأخوات الشقيقات أو لأب يصبحن عصبية إذا اجتمعن مع البنات أو بنات الابن وإن نزل ، فيكون لمن الباقي من التركة بعد الفروض . وفي هذه الحالة يعتبرون بالنسبة إلى باقي العصبيات في مقام الأخوة الأشقاء أو لأب . ويأخذون أحكامهم في التقديم بالجهة والدرجة والقوة (١) .

٢٧ - أم ذوى الأرحام : وإذا لم يوجد أحد من العصبية بالنسب ، ولا أحد من ذوى الفروض النسبية ، كانت التركة ، أو الباقي منها في حالة وجود الزوج أو الزوجة . لذوى الأرحام . وذوو الأرحام أربعة أصناف ، تقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :

الصنف الأول - أولاد البنات وإن نزلوا . وأولاد بنات الابن وإن نزل .

الصنف الثاني - الجد غير الصحيح وإن علا ، والجدة غير الصحيحة وإن علت .

الصنف الثالث - أبناء الإخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا ، وأولاد الإخوات الشقيقات أو لأب أو لأم وإن نزلوا ، وبنات الإخوة الأشقاء أو لأب أو لأم وأولادهم وإن نزلوا ، وبنات أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب وإن نزلوا ، وأولادهم وإن نزلوا .

(١) هذا وإذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل ، استحق الأب السدس فرضاً ، واستحققت البنت أو بنت الابن النصف فرضاً ، ثم استحق الأب أو الجد باقي التركة أى الثلث بطريق التصيب .

وإذا اجتمع الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب والأخوات الشقيقات أو لأب ، كانت له حصة : الأولى أن يقسم كمن كان ذكوراً فقط ، أو ذكوراً وإناثاً ، أو إناثاً عصبين مع الفرع الوارث من الإناث . وإثنية أن يأخذ الباقي بعد الفروض ، بطريق التصيب ، إذا كان مع أخوات لم يعصب بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث . عل أنه إذا كان الإرث بالتصيب أو المقاسمة عز الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه من السدس ، اعتبر صاحب فرض بالسدس . ولا يعتبر في المقاسمة من كان محبباً من الإخوة أو الأخوات لأب .

الصف الرابع - ويشمل ست طوائف مقدما بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي : (الطائفة الأولى) أعمام الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة الثانية) أولاد من ذكروا في الطائفة الأولى وإن نزلوا ، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا . (الطائفة الثالثة) أعمام أبي الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة الرابعة) أولاد من ذكروا في الطائفة الثالثة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبي الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا . (الطائفة الخامسة) أعمام أب أبي الميت لأم . وأعمام أب أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم أم الميت وأم أبيه وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة السادسة) أولاد من ذكروا في الطائفة الخامسة وأن نزلوا ، وبنات أعمام أب أبي الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا ، وهكذا (١) .

(١) والمواد ٣٢ - ٣٧ من قانون الموارث تبين ، في كل صف من الأصناف الثلاثة الأولى من ذوي الأرحام ، وفي كل طائفة من الطوائف الست في الصف الرابع ، من يتقدم على غيره في الإرث من أفراد الصف أو الطائفة . هذا ويوجب بعد يرث ذوي الأرحام إرث بالمصوبة السبية ، ثم استحقاق المقر له بالنسب للتركة .

ويشتمل الباب الثامن والأخير من قانون الموارث على أحكام متنوعة ، تتناول توريث الحمل وإرث المفقود وإرث الخنثى المشكل وإرث ولد الزنا وولد اللعان والتخارج . ونجتزئ هذه الإشارة ، بعد أن قدما من المسائل التي اشتمل عليها قانون الموارث ما فيه الكفاية .

§ ٢ - انتقال التركة من المورث إلى الوراث

٢٨ - المسائل التي يتناولها البحث : ولم يتناول قانون الموارث

كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوراث ، إذ لم يعتبر هذا الموضوع من موضوعات الأحوال الشخصية . فالأمر هنا يتعلق بالميراث باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية ، تنتقل به ملكية التركة من المورث إلى الوراث . فهو يدخل إذن في الأحوال العينية (الأموال) لا في الأحوال الشخصية . ولكن أحكام الشريعة الإسلامية مع ذلك هي التي تسرى في شأنه ، وقد صرحت بذلك المادة ٨٧٥ مدني (١) كما رأينا .

(١) وقد احتدم الخلاف ، في وقت ما في عهد التقنين المدني السابق ، فيما إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تسرى في هذا الموضوع . وكان الرأي الراجح وجوب سريان هذه الأحكام ، فإذا باع الوراث شيئاً من أعيان التركة كان للدائن التركة أن يتبناها هذه العين في يد المشتري وينفثوا عليها . وذهب رأي مرجوح إلى عدم الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، فلا يكون للدائن التركة حق تتبع العين في يد المشتري ، وليس أمامهم إلا التنفيذ على أموال الوراث الشخصية وعلى ما بقى في يده من أموال التركة ، مع الاحتفاظ بحق الطعن في تصرف الوراث بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها .

ويستند أصحاب الرأي الأول إلى أن المشرع في عهد التقنين المدني السابق قد أخضع لأحكام الشريعة الإسلامية الميراث في جميع مسائله ، لا فحسب من حيث تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث ، بل أيضاً باعتبار الميراث سبباً لكسب الملكية وانتقالها من المورث إلى الوراث . ولما كان الوراث في الشريعة الإسلامية لا يستمر فيه شخص مورثه ولا يحل محل المورث في التزاماته ، فإن ديون المورث تتعلق بالتركة . وتبقى التركة ضامنة لديون المورث بعد ذلك كما كان ماله ضامناً لها حال حياته ، ولا يرث الوراث إلا ما يتبقى بعد سداد الديون إذا لم تتركه إلا بعد سداد الدين . أما حق الدائنين في الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة ، فإذا باع الوراث شيئاً من أعيان التركة قبل سداد الدين ، كان للدائن أن يتبناها في يد المشتري ويستوفي منها حقه . هذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أما إذا كانت غير مستغرقة فللدائنين كذلك حق رهن عام بمقدار الديون التي لهم ، لأن التركة مشفوعة بهذه ديون . ولكن غنيتها بأعيان المورثة انتصرف في أعيان التركة ، لأن ضمان الدائنين هي التركة جميعها لا عين بالذات . هل أن حق الورثة في التصرف يقف حين لا يبقى في التركة إلا ما يكفي للوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ في حق الدائنين ، وللدائنين أخذ حقوقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباقي منها في أيدي الورثة كافياً للوفاء بهذه الحقوق . أنظر في هذا الرأي

فيعيننا إذن ، مادامنا نعرض للميراث باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية ، أن نبين أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع . فإن هذه الأحكام هي الواجبة التطبيق فيما نحن بصدده .

ومن ثم نتناول بالبحث المسائل الآتية : (١) انتقال حقوق التركة إلى الورثة . (٢) متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة . (٣) هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها وما هو مدى نطاق القاعدة التي تقضى بالألا تركة إلا بعد سداد الدين . (٤) حكم تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون وما يجب من الحماية لحقوق دائني التركة .

= عبد الحميد بدوي في مجلة مصر المعاصرة ١٩١٤ ص ١٤ وما بعدها - وملاحظات عزيز كحيل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمي عيسى في ص ٤٠ - وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأي ما أشير إليه في الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هاش ١ - ومن أصحاب هذا الرأي من يذهب إلى حد القول بحلول الديون الموجلة بموت المدين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (على زكي البرابي في مركز الوارث في الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٣ - وانظر مقالاً له في المحاماة السنة الأولى العدد الخامس) . ويلاحظ على أصحاب هذا الرأي الأول أنهم يستندون في إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى المادة ٥٤ / ٧٧ من التقنين المدني السابق ، والصحيح أن هذا النص هو من نصوص الإسناد في القانون الدولي الخاص لأن نصوص القانون الداخلي . وإنما يرجع إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى أن القوانين المصرية تركت جميع مسائل الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولم يتعرض لها المشرع المصري بأي حكم موضوعي . وقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي السارية في الميراث ، فبقيت سارية حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد مادام أنها لم تتخ بآي نص من نصوص هذا القانون .

أما أصحاب الرأي الثاني فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إنما تسرى في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث ، لا في كيفية انتقال المال من المورث إلى الورثة فذلك ليس متصلاً بالأحوال الشخصية ، بل هو داخل في أسباب كسب الملكية فتسرى في شأنه المبادئ العامة في القانون المدني . ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة عن أموال الوارث الشخصية ويقدم المورث على دائني الوارث في اقتضاء حقوقهم من أموال التركة ، لأن حق الضمان العام الذي كان لهم في حياة المورث لا يزال باقياً كما كان مادام المالان منفصلين . ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير عينياً بالموت ، ولا يكون لدائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث بالبيع إلا إذا كان المشتري سيء النية . وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق ، له أن يظن في تصرف الوارث بالدعوى البرلوسية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف المورث . ولكن الوارث =

٢٩ - انتقال حقوق التركة إلى الورثة : تنتقل جميع حقوق الوارث

المالية - وهذه هي حقوق التركة - إلى الورثة عن طريق الميراث ب وفاة المورث ، إذ الوارث خلف المورث في الحقوق المالية . وقد قلنا في هذا المعنى في الجزء الخامس من مصادر الحق في الفقه الإسلامي : « وإذا كان الفقه الإسلامي سلم بانتقال الحق إلى الوارث ، فذلك بفضل خلافة الوارث للمورث . فكرة الخلافة هذه تقضي بأن الوارث يقوم مقام المورث ويخلفه ، فيجب إذن أن يخلفه في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات ، فينتقل إلى الوارث هذا المجموع من الحقوق . بل لعل الأدق

- التزم في أمواله الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة ، وليس لدائنيه أن يتضرروا من ذلك لأن كل تصرفاته واقعة نتائجها على أمواله ، ولا سبيل إلى منعه من التصرف إلا بالجبر . أنظر في هذا الرأي أحمد عبد اللطيف في الحماية السنية الثانية المدد الثالث - عبد الوهاب محمد في الشرائع السنية الأولى ص ٥٧ - وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأي ما أشير إليه في الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١ .

وقد أخذت محكمة النقض ، في عهد التفنين المدني السابق ، بالرأي الأول . فقضت بأن التركة عند الحنفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخولهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم من تصرف لهم الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل في مسائل الموارث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائني التركة التعلل بأن الحقوق العينية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد في التشريع الوضعي ، وذلك لأن عينية الحق مقررة في الشريعة الإسلامية ، وهي على ما سبق القول القانون في الموارث . وإذن فالحكم الذي ينشأ حق الدائن في تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشتراها ، ولو كان المشتري حسن النية وكان عقده مسجلاً . مخالف للقانون (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمره ٥ رقم ١٥٩ ورقم ١٦٠ ص ٣٥٦) .

انظر في كل ذلك : الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١ - رسالة الدكتور علي إبراهيم الرجال في مدى تعلق حق الغرماء بالتركة - رسالة الدكتور حسن بغدادى في التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ص ٢٠١ وص ٢٢٧ وص ٢٣٦ - أحمد نجيب الحلال وحامد زكى في البيع فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠٤ - حامد زكى في المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية مجلة القانون الاقتصاد السنة الرابعة - محمد علي هرة ٢ فقرة ٣٦٧ - محمد كامل مرسى ٥ فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٦ .

أن يقال إن الوارث هو الذى ينتقل ليحل محل مورثه فى مجموع حقوقه ، فيقوم مقامه فى هذه الحقوق ويخلفه عليها . ومثل الوارث الموصى له بجزء من مجموع الحقوق ، فان نظرية الخلافة تنبع له كما اتسعت للوارث ، إذ أن كليهما يخلف الميت فى مجموع الحقوق لافى حق معين بالذات (١) . ويؤيد ذلك ما ذهب إليه الحنفية من أن حق التعلل مستقلاً عن البناء المستعلى ينتقل بالميراث ، ولا ينتقل بالبيع . وذلك لأن انتقاله بالميراث لا يكون باعتباره حقاً معيناً بالذات ، بل باعتباره عنصراً داخلاً فى مجموع المال الذى خلف عليه الوارث المورث . أما انتقاله بالبيع فلا يجوز ، لأن البيع لا ينقل إلا حقاً معيناً بالذات ، ولا يكون حق التعلل حقاً معيناً بالذات إلا إذا كان تابعاً للبناء المستعلى (٢) .

والحقوق التى تنتقل إلى الوارث هى الحقوق المالية : فتنقل إليه ملكية أعيان التركة ، والحقوق العينية الأصلية الأخرى التى للمورث إلا ما كان منها ينقضى بالموت كحق الانتفاع ، والحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الاختصاص وحقوق الامتياز (٣) . أما ما كان من الحقوق ليس حقاً مالياً ، وما كان حقاً مالياً ولكنه متصل بشخص المورث ، وما اتصل بمشئته المورث لا بماله ، فان شيئاً من هذا لا ينتقل إلى الوارث ، لأن طبيعة الحق تستعصى على هذا الانتقال ، وتأتى إلا بقاء الحق مع صاحبه الأصلي وزواله بموته .

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٥ ص ٨٠ .

(٢) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٥ ص ٨٠ هامش ١ .

(٣) وينتقل إلى الوارث أيضاً الحق فى إبطال العقد ، إذ هو حق مال ينتقل بالميراث . وقد قضت محكمة النقض بأن للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سفيه فى كل مال وما عليه ، فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسفيه . وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً ، فانه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث يمنع على الخلف العام مباشرته (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٦١) .

ومثل الحقوق غير المالية حق الحصانة وحق الولاية على النفس وحق الولاية على المال . فهذه كلها لا تنتقل إلى الوارث لأنها حقوق غير مالية .

ومثل الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث الحق في النفقة . سواء كان الدائن بها زوجة أو قريباً ، فلا ينتقل هذا الحق إلى الوارث بعد موت الدائن بالنفقة ، وذلك ما لم يأذن القاضى للدائن بالاستدانة ويستندن فعلاً . كذلك حق الرجوع في الهبة حين يجوز الرجوع حق متصل بشخص الواهب ، فلا ينتقل منه إلى وارثه ، بل يسقط بموته . وقد أكدت هذا المعنى المادة ٥٠٢ مدنى ، حين جعلت من موانع الرجوع في الهبة موت أحد طرفى العقد ، الواهب أو الموهوب له . وحتى الأجل فى الدين قام فيه خلاف من حيث اتصاله بشخص المدين لا بشخص الدائن .

فهو يورث عن الدائن دون خلاف فى ذلك ، فإذا مات الدائن قبل حلول الأجل بقى الأجل على حاله ولم يحل الدين ، وعلى ورثة الدائن أن يربصوا حتى يحل الأجل ليطالبوا بحق مورثهم . أما إذا مات المدين قبل حلول الأجل ، فمن يقول باتصال الأجل بشخص المدين لا يجعل الأجل ينتقل إلى الوارث فينتفع بما بقى منه كما كان ينتفع المدين لو بقى حياً ، وعلى ذلك يسقط الأجل بموت المدين ولا ينتقل إلى الوارث ، فيحل الدين ولو لم يحل أجله . وظاهر أن هذا القول يتعارض مع ما هو مقرر فى القانون المصرى من أن الأجل فى الدين متصل بالمدين ذاته لا بشخص المدين ، بل هو وصف فى الدين ، فإذا مات المدين لم يحل الدين إذا كان الأجل

لم ينقض . وقد حصرت المادة ٢٧٣ مدنى أسباب سقوط حق المدين فى الأجل ، وليس الموت من بينها ، فالأجل إذن لا يسقط بموت المدين . ولا شك فى أن هذا هو القانون الوضعى فى مصر . فلا تجوز مخالفته .

بقى أن نتلمس قولاً فى الفقه الإسلامى يتفق مع هذا الحكم ، حتى لا يتعارض الفقه الإسلامى مع أحكام القانون فى مسألة قلنا إن أحكام الشريعة الإسلامية تسرى فى شأنها . وفى مذهب مالك لا يسقط الأجل بموت المدين ،

إذا اشترط المدين بقاء الدين مؤجلاً بعد موته إلى أن ينقضي الأجل (١) .
ولكن هذا لا يكفي ، إذ يكون الأصل في الأجل عند مالك أن يسقط
بموت المدين إلا إذا اشترط المدين بقاءه بعد موته . أما في القانون المصري
فالأجل لا يسقط بموت المدين ، سواء اشترط المدين بقاءه بعد موته
أو لم يشترط . والأقرب إلى القانون المصري في هذه المسألة هو رواية
في المذهب الحنبلي (٢) ، ففي هذا المذهب روايتان في سقوط الأجل
بموت المدين . إحداهما أن الأجل لا يسقط بموت المدين إذا وثق الورثة
الدين (٣) . ومعنى توثيق الورثة للدين أن يقدموا ضماناً للدائن يأمن به

(١) أنظر على الخفيف في بحثه في تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته المنشور
في مجلة القانون والاقتصاد السنة العاشرة المدين الخامس والسادس ص ٢٣ - وانظر أيضاً
محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ٣٨ - ص ٣٩ .

(٢) وغنى عن البيان أننا لا نلتزم ، في الملامة ما بين أحكام القانون الوضعي وأحكام
الشريعة الإسلامية ، أرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، فهذا لا يشترط إلا في الأحوال
الشخصية فيما لم يرد في شأنه نص تشريعي . وفي غير ذلك يجوز الاستناد إلى المرجوح من
الأقوال في المذهب الحنفي ، وإلى غير المذهب الحنفي من المذاهب الفقهية الأخرى حتى لو كان
مذهباً غير المذاهب الأربعة المعروفة ، وإلى أية رواية من الروايات التي وردت في هذه المذاهب
المختلفة .

(٣) وقد جاء في المفتي (وهو من كتب الفقه الحنبلي) في هذا الصدد : «إن مات وعليه
ديون مؤجلة ، فهل تحل بالموت ؟ فيه روايتان . إحداهما لا تحل إذا وثق الورثة ، وهو قول
ابن سيرين وعبد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد ، وقال طائفة وأبو بكر بن محمود الزهري
وسعيد بن إبراهيم الدين إلى أجله ، وحكى ذلك عن الحسن . والرواية الأخرى أنه يحل بالموت ،
وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . لأنه لا يخلو
إما أن يبقى في ذمة الميت ، أو الورثة ، أو يتعلق بالمال . لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت .
لخراجه وتعدد مطالبته بها . ولا في ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضى صاحب الدين
بذنبهم وهي مختلفة متباينة . ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله ، لأنه ضرر بالميت وصاحب
الدين ولا نفع ثورته فيه . أما الميت فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال الميت مرتين بدنه
حتى يقضى عنه . وأما صاحبه ، فيتأخر حقه ، وقد تلتف العين فيسقط حقه . وأما الورثة ،
فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها ، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حق الميت
وصاحب الدين لمنفعة لهم . ولنا . . أن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق ، وإنما هو ميقات
للخلافة وعلامة على الوراثة . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من ترك حقاً أو مالا فلورثته .
فعل هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ، ويتعلق ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس .

على حقه ، وهذا هو نفس ما تقضى به المادة ٢/٨٩٥ مدني في تصفية
التركة تصفية جماعية ، إذ تقول : « وترتب المحكمة لكل دائن من دائني
التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ بأن كان له تأمين
خاص بنفس هذا التأمين . فإن استحال تحقيق ذلك . وار باضافة ضمان
تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص . أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى .
رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها » . وإذا لم تصف التركة
تصنيفاً جماعياً ، ففي تأشير الدائن بحقه ، وفقاً لأحكام المادة ٩١٤ مدني
وسياق تفصيل ذلك فيما يلي ، ضمان كاف بطمئن معه الدائن إلى استيفاء
حقه من التركة حتى مع بقاء الأجل قائماً بعد موت المدين . ويقوم هذا
الضمان مقام توثيق الورثة للمدين .

ومثل الحقوق المالية التي تتصل بمشينة المورث لا بماله الخيارات .
وحتى الأخذ بالشفعة (١) . وأهم الخيارات هي خيار الشرط وخيار
الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف . ويذهب
الحنفية إلى أن هذه الخيارات لا تورث ، إذ هي متصلة بشخص صاحب
الخيار ، وليست إلا انجهاها لإرادته ومظهرها من مظاهر مشيئته . واپس
للإرادة أو المشيئة بقاء بعد الموت : فتنهى به ولا تنتقل إلى الوارث .
إلا أن كلاً من خيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت
للوارث بعد موت المورث ابتداء ، لا بطريق الوارثة والخلافة . لأن
هذه الخيارات إنما تثبت لعل تحقق في العين ذاتها . فخيار التعيين

= عند الحجر عليه. فإن أحب الورثة أداء الدين (عند حلول أجله) والتزامه للغيرم ويتصرفون
في المال ، لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغيرم أو يوثقوا الحق بضمين ملء أو رهن ينق به
لوقاه حقه ، فإنهم قد لا يكونون أُملياء ولم يرض بهم الغيرم ، فيؤدي ذلك إلى فوات الحق . . .
وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال ، وقتنا المؤجل يحل بالموت .
نسأوا في التركة فالتسبوا على قدر ديونهم . وإن قلنا لا يحل بدائت ، نعرفنا . فإن وثق
الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة ، وإن امتنع الورثة عن التوثيق حر
دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضى إلى إسقاط دينه بالكلية » (المغني ٤ ص ٤٨٥ -
ص ٤٨٧)

(١) سنعرض ، عند الكلام في الشفعة لما إذا كان حق الأخذ بالشفعة ينتقل إلى الوارث
(أنظر مايل فقرة ١٦٣) .

يثبت نتيجة لاختلاط المال ، وكل من خيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت لضبايع بعض المال أو نقصه . وهذه العلل تبقى قائمة حتى بعد انتقال العين إلى الوارث ، فيثبت الخيار للوارث ابتداء لقيام العلة ، لأن الخيار انتقل إليه من وارثه . ويذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار الوصف ينتقل بالميراث ، لأنها حقوق مالية تنتقل إلى الوارث كسائر الحقوق ، وإذا كان انتقال العين نفسها إلى الوارث بطريق الإرث والحلافة فكذلك يكون انتقال الخيار المتعلق بها . وكذلك الحكم في خيار الشرط عند الشافعي ومالك إذ هو حق مالي يقوم الوارث فيه مقام مورثه ، خلافاً لأحمد فقد ذهب إلى أنه لا يرث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته ، أما إذا لم يختار قبل الموت فلا يرث الخيار (١) .

(١) أنظر في كل ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء د ص ٦٩ - ص ٧٠ - وقد جاء في الفروق للقرافي وهو من كتب الفقه المالكي : «أعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات عن حق فلورثته . وهذا اللفظ ليس على عمومه ، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل . فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب القتل ، وأن ينزله بعد الإيلاء ، وأن يعود بعمد الظهار . وأن يختار من نسوة أسلم عليهن وهن أكثر من أربع ، وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما . وإذا جعل المتبايعان له الخيار ، فمن حقه أن يملك إضفاء البيع عليهما وفسخه . ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب : كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرها ، وكالأمانة والوكالة . فجميع هذه الحقوق لا ينتقل لوارث منها شيء . وإن كانت ثابتة للمورث . بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال : أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه . وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل للوارث . والسرف في الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تماماً ، ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك ، وما لا يرثون لا يرثون ما يتعلق به : فالعلمان يرجع إل أمر يعتقد لا يشاركه فيه غيره غالباً ، والاعتقادات ليست من باب المال : والغيبة شهوته ، والعمود إرادته ، واختيار الأختين والنسوة أريه وحيله ، وقضاؤه على المتبايعين عقله وفكرته ورأيه ، ومناصبه وولاياته واجتهاداته وأفعاله الدينية فهو دينه . ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث . لأنه لم يرث مستنده وأمنه . وانتقل للوارث خيار الشرط في المبيعات ، وقال الشافعي رحمه الله تعالى ، وقال أبو حنيفة وأحمد ابن حنبل لا ينتقل إليه . وينتقل للوارث خيار الشفعة عندنا ، وخيار التعيين إذا اشترى مورثه عبداً من عبيد على أن يختار ، وخيار الوصية إذا مات الموصي له بعد موت الموصي ، وخيار الإفانة والقبول إذا أوجب البيع لزيد فلوارثه القبول والرد . . . وخيار البقية خلاف

٣٠ منى تنتقل حقوق التركة الى الورثة : وإذ قررنا أن الحقوق المالية تنتقل بالميراث من المورث إلى الورثة ، فإنه يبقى أن نحدد متى تنتقل هذه الحقوق إلى الورثة . وقد اختلفت المذاهب في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة .

فعند المالكية ، تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين ، فإذا ماسدد انتقلت ملكية التركة إلى الورثة من وقت السداد .

وعند الحنفية . يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقا للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن كان الدين مستغرقا ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة (١) ، فإذا ماصفيت وسددت الديون لم يبق من التركة شيء ، لأن الدين مستغرق لها . وأما إن كان الدين غير مستغرق . فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأي ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين ،

ومنع أبوحنيفة خيار الشفعة ، وسلم خيار الرد بالعيب وخيار تعدد العفقة وحق القصاص وحق الرهن وحبس البيع ووافقناه نحن على خيار الهبة في الأب لابن بالاعتصار وسلم الشافعي جميع ما سلمناه ، وسلم خيار الإقالة والقبول . ومدارك المسألة على أن الخيار عندنا صفة للمقد فينتقل مع المقد ، فإن آثار المقد انتقلت للمورث . وعند أبي حنيفة صفة للمعاقد لأنها مشيئة واختياره ، فتبطل بموته كما تبطل سائر صفاته ولم يخرج عن حقوق الأموال إلا صورتان فيما علمت : حد القذف ، وقصاص الأطراف والجرح والمنافع في الأعضاء . فإن هاتين الصورتين تنتقلان للورثة وهما ليستا بمال ، لأجل شفعه غليل التوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والحماية عليه . وأما قصاص النفس فإنه لا يورث ، فإنه لم يثبت للمجنى عليه قبل موته وإنما ثبت للتوارث ابتداء ، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للتوارث بعد موت المورث (الفروق للقرافي جزء ٣ ص ٢٧٥ - ص ٢٧٩)

(١) بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون ، ولا يمكن أن يدفعوا قيمة التركة ، وهذا على الرأي المشهور في المذهب الحنفي . وفي قول آخر ، يمكن لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدائنين قيمة هذه الأموال لا جميع الديون (أنظر الوسيط : فقرة ١٩٠ ص ٣٤٠)

ورأى ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأعيان ما يكفي لسداد الدين وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة .

وعند الشافعية في المذهب الحنبلية والحنابلة في أشهر الروايتين ، تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث مع تعاقب الدين بها ، سواء كان الدين غير مستغرق للتركة أو كان مستغرقاً لها (١) .

ولا شك في أن أموال التركة ، في القانون المصري ، تنتقل ملكيتها إلى الوارث فوراً بمجرد موت المورث . سواء كانت التركة غير مدينة أو كانت مدينة ، وسواء كان الدين غير مستغرق لها أو كان مستغرقاً . وذلك لأن الميراث سبب لكسب الملكية كما بينا ، فتنقل الملكية بمجرد تحقق سبب انتقالها . والميراث يكون بموت المورث ، ومن ثم تنتقل أموال التركة إلى الوارث بمجرد موت المورث . وقد أكدت ذلك المادة الأولى من قانون الميراث إذ نصت على أن « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي » (٢) . وعلى ذلك يكون حكم القانون

(١) أنظر في عرض هذه المذاهب المختلفة والأدلة التي يحتج بها كل مذهب : على الحنيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٨ - ص ١٧٤ .

(٢) ولا يجوز إسناد موت المورث لتاريخ سابق على وقت حصوله ، وقد جاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الخاص بقانون الميراث في هذا الصدد ما يأتي : « بالنسبة لجواز إسناد الوفاة لتاريخ سابق اختاف رأى اللجنة . فاتجه رأى فريق من أعضاء اللجنة إلى عدم جواز الإسناد . واعتمد في تبرير رأيه إلى أن الموت إما أن يكون حقيقة أو حكماً . ففيما يتعلق بالموت الحقيقي ، للقاضي أن يحكم - كلما توافرت لديه الأدلة المقنعة - بأن الوفاة وقعت في تاريخ معين ، وله في ذلك مطلق الحرية في التقدير أسوة بكل نزاع آخر يعرض عليه للفصل فيه . أما الموت الحكمي فيحتاج بالضرورة إلى حكم يصدر من القاضي ، وبغير هذا الحكم لا يمكن القول بأن الشخص مات حكماً . فحكم القاضي يقرر الوفاة ويظهرها في الحالة الأولى ، ولكنه ينشئها في الحالة الثانية . ويميزون رأيهم بأن هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الفراء ، وبالتالي فكل رأى يخالفه يعوزه السند الشرعي ، ولأنهم بهذا الرأي يتشون مع المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالمفقود . وبضيفون أن ما تقدم أنه بصعب جداً وضع ضابط محكم يسترشد به القاضي عند إسناد الوفاة إلى تاريخ دون آخر ، إذ قد يترتب على هذا الإسناد حرمان شخص من الإرث أو ثبوت حقه فيه . فترك المسألة إلى القاضي يحكم فيها بما يميله عليه تقديره قد يوقعه في الخرج . . . وقد ناقشت اللجنة هذين الرأيين طويلاً ، وانتهت إلى ترجيح الرأي الأول أخذاً بالأضبط والاحتياط . »

المصرى في هذه المسألة متفقاً مع الشريعة الإسلامية : وذلك في مذهبين من مذاهبها : الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في أشهر الروايتين .
ويلاحظ أن تحديد وقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة بموت المورث لا يعنى حتماً أن الورثة يستطيعون التصرف في هذه الأعيان من ذلك الوقت ، فإن ملكية الأعيان قد تنتقل إليهم والديون متعلقة بها أفلا يستطيعون التصرف فيها على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ولكن هناك نتائج أخرى تترتب على تحديد وقت انتقال أعيان التركة إلى ملك الورثة بموت المورث ، لا بوقت سداد الديون (١) .

٣١ - هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بمفوفها - مرى

نطاق القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين : والآن نعرض لأهم مسألة تبرز بين مسائل انتقال التركة إلى الورثة ، وإن كانت أهميتها أصبحت الآن أهمية نظرية بعد أن عاجلها التقنين المدنى الجديد وقانون الشهر العقارى علاجاً عملياً .

فهناك قاعدة معروفة في الفقه الإسلامى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، فهل تعنى هذه القاعدة بأن ديون التركة لا تنتقل إلى الورثة

(١) أنظر في هذه النتائج بحث الأستاذ على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٧٤ - ص ١٧٧ . ويذكر من هذه النتائج ما يأتى :

١ - نعم أعيان التركة بزيادتها زيادة متصلة أو منفصلة : كالثروة والسمن والولد والربع ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت ، يكون ملكاً للميت . فتقضى من هذه الزيادة ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه الزيادة تكون ملكاً للورثة ، فلا تقضى منها ديون الميت ولا تنفذ منها وصاياه . وقد أخذت محكمة النقض بأن ملكية التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فقضت بأن الدين ، وإن كان مستغرقاً للتركة ، لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند موته . وهذا يتفرع عليه أن إيراد التركة ونسبها يكون حلاً لحالة التركة ، ولا يشترط سداد الدين فقط . وقد قال بهذا الرأى فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية في تفسير قاعدة «لا تركة إلا بعد وفاة المدين» ، وهو قول يتفق مع أحكام القانون المدنى . فادعاء الحائز لأعيان التركة بدين كبير على التركة مستغرق لها لا يصح الاستناد إليه في التمسك بقاعدة «لا تركة إلا بعد وفاة المدين» ، في وجه الوارث الذى يطلب إيراد نصيبه في التركة (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكاتب الفنى لأحكام النقض في مدى ٢٥ عاداً جزء ٢ ص ٩٩٩ رقم ٨) .

كما تنتقل حقوقها ، وأن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا خالصة من الديون ؟
 هذا هو الرأي المشهور في الفقه الإسلامي ، فإذا مات المورث عن
 دين في ذمته ، بقي الدين في التركة ولا ينتقل إلى ذمة الورثة (١) . ويكون
 لدائني التركة أن ينفذوا بحقوقهم على أموال التركة ، حتى لو تصرف
 فيها الوارث كما سئرى . وليس لهم أن ينفذوا على زوال الوارث الشخصية ،
 فالتركة وحدها هي المسئولة عن ديونها ، ولا تختلط بأموال الوارث .
 وهذا بخلاف القانون الفرنسي ، فإن دين التركة فيه ينتقل إلى ذمة الوارث ،
 ولدائني التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية ، إلا إذا رفض
 الوارث الميراث أو قبله بشرط التجنيب أو الجرد (sous bénéfice
 d'inventaire) (٢) . والحقوق التي تترتب على التركة في الفقه الإسلامي

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القول بأن الوارث مسئول عن دين مورثه
 بمقدار ما ورثه معناه اختلاط مال المورث ومال الوارث ، وهو أمر غير معروف في
 القانون المصري مادامت أعيان التركة موجودة ولم يحصل التصرف فيها ، كما أن الشريعة
 الإسلامية كذلك لا تقر هذه النظرية . ولا تعترف الشريعة الإسلامية بانتقال شخصية المورث
 لوارثه ، فتي توفي المورث انتقلت جميع الالتزامات التي كانت بذمة إلى تركته لا إلى
 ورثته ، فلا يعتبر الوارث إذن مسئولاً شخصياً عن ديون التركة (استئناف مصر ، أبريل
 سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٩٢ ص ١٢٦١) .

(٢) ومركز الوارث في الشريعة الإسلامية قريب من مركز الوارث بشرط التجنيب
 أو الجرد في القانون الفرنسي ، فشخصية الوارث تبقى مستقلة عن شخصية المورث في
 الخاتين ، وفي الخاتين أيضاً تتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته . وقد قضت محكمة
 النقض بأنه إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد في القانون الفرنسي ، كاثت شخصيته
 مستقلة عن شخصية المورث ، ولا يصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض
 للمشترى إذا ادعى الاستحقاق لئين من الأعيان تصرف فيها مورثه للغير . وقد أخذ المشرع
 المصري في انتقال التركات بما يتقارب في هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسي
 بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد ، لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية
 المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بذمة ورثته . وعلى ذلك فتي تبين من واقع
 تدعى أن المورث كان قد تصرف في أطيان له للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ، ثم تصرف
 في ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده ببيع مسجل ، فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع
 دعوى على المتبادل معه بطب تبييت ملكيته إلى هذا القدر ، فقضى برفض دعواه اتباعاً لما هو
 مقرر في التشريع الفرنسي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بغير تحفظ ، فإن الحكم يكون
 قد خالف القانون (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٩٦٠) .

هى على الترتيب الآتى : (أولا) حق الميت فى تجهيزه ودفنه . (ثانيا) حقوق دائى التركة . (ثالثا) حقوق الموصى لهم فيها لا يجاوز ثلث التركة بعد سداد ديونها ، إلا إذا أجازت الورثة ما يزيد على ذلك . (رابعا) حقوق الورثة ، وثانى بعد وفاء حق الميت وسداد ديون التركة وتنفيذ الوصايا .

ولكن ما دام دين التركة لا ينتقل إلى ذمة الوارث بعد موت المورث ، ففى ذمة من إذن يكون ؟ هنا اختلفت المذاهب الفقهية وتضاربت فيها الروايات ، ويمكن تلخيص هذا الاختلاف فى إيجاز على الوجه الآتى :

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الدين يبنى فى ذمة الميت حتى بعد موته . فهم يشترضون بقاء الذمة قائمة بعد الموت ، ولكن بشرط أن تنقوى بركة أو بكفيل . وتقوية الذمة بتركة أو بكفيل معناه أن هناك ضمانا للدين يكفل سداده ، وهذا الضمان إما أن يكون تركة الميت ففى مسئلة عن ديونه ، أو كفيلا بتركة الميت بدينه . فيكون الكفيل هو المسئول عن سداد الدين . ومتى وجد هذا الضمان . أمكن افتراض بقاء ذمة المدين قائمة بعد موته ، ففى هذا الافتراض فائدة هى بقاء الدين قائما إلى أن يسدد إما من التركة أو من الكفيل . أما إذا لم يترك الميت تركة أو كفيلا بالدين ، فلا سبيل إلى سداد الدين ولا فائدة من افتراض ذمة الميت قائمة تتحمل به . ومن ثم تخرب الذمة ويسقط الدين . ولا شك فى أن افتراض ذمة الميت قائمة بعد موته هو مجرد محاز قانونى لا يطابق الحقيقة ، فالواقع أن المدين إذا مات لم تعد له ذمة باقية . وليس افتراض قيام ذمته بعد موته إلا من قبيل الصنعة القانونية .

وذهب المالكية إلى أن الذمة لا تبقى بعد الموت لأنها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها . والدين يتعلق بالتركة نفسها لا بذمة الميت . فإذا مات المدين ولم يترك مالا ، سقط دينه لانعدام محله . والمالكية فى هذا هم أيضا قد لجأوا إلى الصنعة القانونية . ويمكن تفسير قولهم : فى لغة القانون الحديث ، بأحد تفسيرين . فاما أن يقال إن التركة تصبح فى هذه الحالة

شخصاً معنوياً ، يتعلق الدين بزمته (١) . وهذا القول يتعارض مع أحكام القانون الوضعي في مصر ، فقد عدت المادة ٥٢ ملقاً الأشخاص المعنوية وليست التركة من بينها . أو أن يقال إن تركة المورث تصبح ذمة مالية (patrimoine) مستقلة تضاف إلى ذمة الوارث الأصلية وتتميز عنها ، فتتعدد ذمة الوارث المالية (٢) ، وقد أقرت النظرية الحديثة في الذمة المالية تعدد الذمة كما بينا عند الكلام في هذا الموضوع في الجزء الثامن من الوسيط . ولكن تعدد الذمة المالية للشخص الواحد لا يتنافى مع أن كلا من هذه الذمم المالية المتعددة هو ذمة لهذا الشخص ، فتكون تركة المورث ، وهي ذمة مالية مضافة إلى ذمة الوارث الأصلية ، هي ذمة مالية للوارث نفسه . ويكون مؤدى القول بأن دين الميت يتعلق بتركته أن هذا الدين يتعلق بأحدى ذمى الوارث ، فهو إذن يتعلق بذمة الوارث على كل حال . وهذا ما لم يردده المالكية ، فهم قد قصدوا بجعلهم الدين يتعلق بالتركة أن يفصلوه عن ذمة الوارث بقدر ما قصدوا أن يفصلوه عن ذمة المورث .

أما الحنابلة ، فهم من ذهب مذهب الحنفية والشافعية فقال إن الدين يتعلق بذمة الميت على فرض بقائها قائمة بعد موته ، ومنهم من ذهب مذهب المالكية فقال إن الدين يتعلق بالتركة نفسها لا بذمة الميت . وهناك رأى ثالث في المذهب الحنبلي يذهب إلى أن الدين لا يتعلق بذمة الميت ولا يتعلق بالتركة ، وإنما يتعلق بذمة الوارث ولكن في حدود ما يتركه الميت من أموال . وهذا الرأى الأخير هو الذى يقف عنده ، فهو أقرب إلى المعمول به في القانون الفرنسى إذا قبل الوارث الميراث بشرط الجرد أو التجنيب . وهو في الوقت ذاته أكثر انسجاماً مع المنطق الذى ساد الفقه الإسلامى في انتقال الحقوق إلى الورثة ، فكما أن حقوق التركة تنتقل إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث عند الشافعية في المذهب الجديد وعند الحنابلة في أشهر الروايتين كما قدمنا ، فمن العدالة والمنطق

(١) عبد الفتاح عبد الباقى في نظرية الحق سنة ١٩٥٧ فقرة ٣٩ .

(٢) حسن كيرة ص ٣٧ - ص ٣٨ .

أن تنتقل أيضا ديون التركة إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث .
فإن الحقوق تقابلها الديون ، فتنقل الديون إلى ذمة الوارث في حدود
ما انتقل إلى ذمته من الحقوق . وسرى أن القانون الوضعي في مصر ،
في تنظيمه لحماية دائئي التركة في كل من التقنين المدني وقانون الشهر
العقارى ، يتفق مع هذا الرأى الأخير في مذهب الحنابلة . ومن ثم يكون
انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، بما لها من حقوق وما عليها من
ديون ، وهى مسألة يجب أن تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية
كما قدمنا ، يتفق فيها التقنين المدني مع الفقه الإسلامى في بعض مذاهبه .

على أن اختلاف مذاهب الفقه الإسلامى ، في انتقال ديون التركة ،
ليست له آثار عملية . فقد اتفقت هذه المذاهب على أن دين الميت يستوفى
مما يتركه الميت من أموال ، فتصبح تركة الميت هى المستولة عن سداد
ديونه . والدين على هذا النحو يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها ،
إذ حق الدائن هو أن يستوفى الدين من مالية التركة لا من عين بالذات (١) .

٣٢ - حكم تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون

وما يجب من الحماية لحقوق دائئى التركة : وما دامت تركة الميت هى المستولة
عن سداد ديونه كما قدمنا ، فما هو حكم تصرف الوارث في عين من
أعيان التركة قبل سداد الديون ، هل يكون صحيحا أو يبطل ؟

اختلفت المذاهب الفقهية في ذلك ، ولكنها لا تربط الصحة والبطلان
بوقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة ، والا لوجب القول بأن
من يذهب إلى انتقال الملكية بمجرد موت المورث وقبل سداد الديون
يجعل تصرف الوارث قبل سداد الدين صحيحا مادامت الملكية قد انتقلت
إليه ، ولكننا سنرى أن هذا غير مطرد .

فعند الشافعية . وهم يقولون كما رأينا بانتقال أموال التركة إلى
ملك الورثة فوراً بمجرد موت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن

(١) على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية

يتصرف في أعيان التركة المدينة . ولو كان الدين غير مستغرق للتركة .
 ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما
 يتعلق الرهن ، والرهن عندهم مانع من بيع العين المرهونة . على أن
 في مذهب الشافعي رواية أخرى تقضى بأنه يصح تصرف الوارث في التركة
 المدينة ، لأن الدين حق تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف
 كمال المريض . فان قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وإن لم يقضه فسخ
 التصرف . ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة ، فان ظهر
 دائن لم يكن معروفا وقت أن اقتسم الدائنون التركة ، رجع عليهم وشاركهم
 فيما أخذوه على قدر دينه (١) .

وفي مذهب الحنابلة روايتان . أشهرهما أن أموال التركة تنتقل
 إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث مع تعلق الدين بها ، فان تصرف
 الوارث في التركة قبل سداد الدين صح تصرفه ولزمه أداء الدين ،
 فان أداه نفذ التصرف وإن لم يؤده فسخ . والرواية الثانية تقضى بأن
 أموال التركة لا تنتقل إلى ملك الورثة إلا بعد سداد الدين ، فان تصرف
 الوارث في مال تركة قبل سداد الدين لم يصح التصرف ، لأنه يكون
 قد تصرف في غير ملكه (٢) .

ورأينا أن الحنفية يميزون بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة
 أو كان غير مستغرق لها . فان استغرق الدين أموال التركة ، تبقى هذه
 الأموال على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة ، ويكون أى تصرف
 للوارث في مال التركة باطلاً في هذه الحالة . وإن لم يستغرق الدين أموال
 للتركة ، فبالرغم من أن هناك قولاً بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة ،
 لا يجوز مع ذلك للوارث التصرف في هذه الأموال ، فان تصرف كان
 تصرفه باطلاً . وهناك من فتواء الحنفية من يذهب إلى أن تصرف الوارث
 في هذه الحالة يكون صحيحاً نافذاً ما بقي في التركة ما يفي بسداد الدين ،

(١) أنظر في ذلك المذهب جزء أول ص ٣٢٧ .

(٢) أنظر في ذلك المذهب جزء ٤ ص ٤٨٧ .

أو إذا أجاز الدائن التصرف (١) .

وعند المالكية . وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين . يقتضى منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث

(١) انظر في ذلك المبسوط جزء ٢٩ ص ١٣٧ - ص ١٣٨ - الزينى جزء ٢ ص ٢١٣ - ص ٢١٤ وجزء ٦ ص ٢١٤ .

وقد قفست محكمة استئناف مصر . تطبيقاً لهذا الرأى فى مذهب الخفية . بأن التركة المستغرقة بالديون ، طبقاً للشريعة الفراء ، لا يملكها الوارث ولا يملك التصرف فيها ؛ وكل تصرف منه يقع باطلاً بالنسبة إلى الدائنين لأن لهم حق متابعة التركة . أما غير المستغرقة ؛ فقد أباح الفقهاء للورثة التصرف فى أعيانها حتى لا تعطل فى أيديهم . ولذلك لا يجوز للدائن التمرض لهم فى تصرفاتهم فيها . على أن حق الوارث ليس مطلقاً ، بل يقف حين لا يبقى فى التركة إلا ما يكتفى للوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على ذلك فهو باطل (استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٧ ص ١٦٥) . وقضت أيضاً بأن ليس للوارث حق التصرف فى التركة قبل سداد الدين ، ولا يمنع ما يحصل من تصرف منه الدائن من متابعة أعيان التركة فى يد المشتري لاستيفاء حقوقه منها ، لأن الوارث لا يستطيع أن يبيع أكثر مما يملك ، ولا يملك من التركة إلا ما يتبقى بعد سداد الدين ، فلا يمكنه أن يبيع ولا أن يملك المشتري إلا بهذا القدر . ويقع باطلاً كل تصرف فى التركة قبل سداد ديونها . ولا محل فى هذه الحالة للبحث فيما إذا كانت شروط دعوى إبطال التصرفات الضارة بالدائن متوافرة ، أو دعوى الصورية متوافرة أو غير متوافرة (استئناف مصر ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٢٠ ص ١٠١) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص ٩٤ - استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣ - ١٣ يوفيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٣ - ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٦ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٣١ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١١٩ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٥ - ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ (ويقع عبء إثبات أنه لا يزال باقياً فى التركة مال لوفاء الديون وتعيين هذا المال على الورثة ومن تصرف الورثة لهم) - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ١٥ - ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧١ - ٤ يوفيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٧ (عبء إثبات أن فى التركة مالا معيئاً بق ديونها يقع على الورثة ومن تصرف الورثة لهم) - ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٧ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٣٦ - ١٠ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٦ - ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٢٤ - فإذا كانت التركة مستغرقة ، وتصرف الوارث . وأهل الدائن فى تقاضى حقه مدة طويلة (ثلاثين سنة) ، لم يكن له بعد هذا الإهمال أن يتبع العين فى يد من تصرف له الوارث (استئناف مخطط ١٤ يوفيه سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣١) . وقارن استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ١٩٤ ص ٤٤٥ .

في أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا . سواء كان الدين مستغرقا أو غير مستغرق . ولكن هذا هو أحد رأيين في المذهب ، وليس مبنيًا على انعدام ملك الورثة ، بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على الورثة . والرأى الآخر يذهب إلى أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به ، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث ، أو يتزل عن دينه ، أو يبقى من التركة بعد التصرف ما يكفي لسداد الدين . وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع ، فلذلك حالتان : الحالة الأولى أن يكون الوارث عالما بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهورا بأنه مدين ، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه ، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشتري على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الوارث غير عالم بالدين ولم يكن الميت مشهورا بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن سواء كان فيه وفاء بالدين أولا ، ولا رجوع لهم على المشتري بشيء إلا إذا حاباه الوارث في البيع فيرجع الدائنون بقدر الحاباة فقط . ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة ، فان ظهر بعد ذلك دائن لم يقتض حقه ، رجع على الورثة بما في أيديهم من أموال التركة . فان لم تكف هذه الأموال لوفاء دينه ، رجع على الدائنين بما فاته من حصته (١) .

ويخلص مما قدمناه في اختلاف المذاهب الفقهية أن منع الورثة من التصرف في أعيان التركة قبل سداد الدين لا يرجع إلى عدم انتقال الملكية إليهم قبل هذا السداد ، بل يرجع إلى حماية دائني التركة . ولما كان نظام شهر الحنوق عن طريق التسجيل أو القيد نظاما حديثا لا تعرفه القوانين القديمة ولم يكن مستطاعا حماية حقوق الدائنين عن طريق الشهر . فقد

(١) أنظر في ذلك المدونة الكبرى جزء ٣ ص ٥٧ - ص ٥٩ .

وانظر في كل ما تقدم مصادر الحق في الفقه الإسلامي جزء ٥ ص ٨٧ - ص ٩٣ - وانظر أيضاً الوسيط ٤ فقرة ١٩١ .

لجأ الفقه الإسلامى لحماية حقوق دائنى التركة إلى أحد طريقين : (١) إما أن يجعل تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الديون باطلا ، وبذلك تبقى الأعيان فى التركة لينفذ عليها الدائنون . ونجد هذا القول فى كل من المذاهب الأربعة على النحو الذى أسلفناه ، وهو طريق فيه إمعان فى حماية الدائنين وتضحية لمصالح الورثة ومن يتصرف له هؤلاء . (٢) أو يوفق بين حق الدائن وحق الوارث ، فيبيح تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الدين ويجعل هذا التصرف صحيحا ، ولكنه لا يجعله نافذا فى حق الدائن إلا إذا أجاز الدائن التصرف أو نزل عن دينه أو استوفى هذا الدين أو بقى فى التركة مال يكفى للوفاء به . وهذا القول الآخر نجده أيضا فى كل من المذاهب الأربعة ، كما سبق البيان .

ولما كان التقنين المدنى قد صرح ، كما رأينا ، بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى انتقال التركة إلى ملك الوارث . فانه قد التزم هذه الأحكام ، واختار من المذاهب المختلفة ما يتلاءم مع مبادئه العامة (١) . ومن ثم فقد قرر ، فى انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث وفى

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالالتزام أرجح الأقوال فى فقه الحنفية . فقد قضت بأن الشارع ، إذ أخضع دعاوى الحقوق للقانون المدنى وجعلها من اختصاص المحاكم المدنية ، فقد أبى الموارث خاضعة للشريعة الإسلامية تقضى فيها المحاكم الشرعية بصفة أصلية طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب الحنفية . فإن تعرضت لها المحاكم المدنية بصفة فرعية ، كان عليها أن تتبع نفس المنهج . ثم صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ مقتناً أحكام الإرث فى الشريعة الإسلامية ، فلم يغير الوضع السابق بل أكدته . وأعقبه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، فنص صراحة على أن «قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيها هى قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا بالنسبة إلى المصريين كافة من مسلمين وغير مسلمين» . هل أنه إذا كان المتوفى غير مسلم ، جاز لورثته طبقاً لأحكام الشريعة النراء الاتفاق على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى . وإذا كان الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بوجه عام ، وإلى أرجح الآراء فى فقه الحنفية بوجه خاص ، متبعاً بحسب إرادة الحقوق بورثة فى التركة المدنية ومدى تأثيرها بحقوق دائنى المورث باعتبار ذلك من أخص مسائل الموارث ، فإن القانون المدنى إذ يقرر حكم تصرف الوارث فى التركة المدنية ، باعتبار هذا التصرف عقداً من العقود ، إنما يقرر ذلك على أساس ما خولته الشريعة للوارث من حقوق (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦) .

حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون ، المبادئ الرئيسية الآتية :

أولاً - تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع تعلق حقوق دائني التركة بها . فتنقل هذه الأموال إلى الورثة مثقلة بحق عيني (١) : قريب من أن يكون حق رهن ولكنه رهن مصدره

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التركة عند الحفنة ، مستفزة كانت أو غير مستفزة ، تنشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم من تصرف له انوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل في مسائل الموارث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائني التركة التعلل بأن الحقوق العينية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد في التشريع الوضعي ، وذلك لأن عينية الحق مقررة في الشريعة الإسلامية ، وهي ، على ما سبق القول ، القانون في الموارث (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمره رقم ١٥٩ ص ٣٥٦ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقضت أيضاً بأن موئدي قاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الدين أن تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أي وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم مادام أن الدين قائم ، دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة . أما إذا كان الدين قد انقضى بالنسبة إلى أحد الورثة بالتقادم ، فإن لهذا الوارث ، إذا ما طالبه الدائن قضائياً ، أن يدفع بانقضاء الدين بالنسبة إليه - كما لا تمنع المطالبة بالدين من تركة المدين المورث من سريان التقادم بالنسبة إلى بعض ورثة المدين دون البعض الآخر الذين انقطع التقادم بالنسبة إليهم ، متى كان محل الالتزام بطبيعته قابلاً للانقسام (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض ٦٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤) . وقضت كذلك بأن ورثة المدين ، باعتبارهم شركاء في تركة كل منهم بحسب نصيبه ، إذا أبدى واحد منهم دعواً مؤثراً في الحق المدعى به على التركة ، كان في إيدائه نائباً عن الباقين ، فيستفيدون منه . وذلك لأن التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة ، وللدائنين عليها حق عيني بمعنى أنهم يتفاوضون منها ديونهم قبل أن يؤدي شيء منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها . وعلى هذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهة إلى التركة في شخص الورثة غير قابل لتجزئة ، ويمكن أن يديه البعض ليستفيد منه البعض الآخر . فإذا تمسك بعض الورثة في دعوى مرفوعة منهم بطلب براءة ذمة مورثهم من دين عليه بسقوط هذا الدين بالتقادم ، فإنهم يكتفون في هذا الدفع قائمين عن باقي الورثة الذين لم يشتركوا في الدعوى ، ويفيد من الحكم بسقوط الدين الورثة الآخرون الذين لم يشتركوا في الدعوى (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٤ بمجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٦ ص ١٠٥٠) .

القانون ، ومن ثم فهو أقرب إلى أن يكون حق رهن قانوني . وليس هو بحق امتياز لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق الممتاز ، ولم تنغير طبيعة حق الدائن بموت مدينه .

ثانياً - ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإنه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها إذا شهبوا حقوق إرثهم على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ولكن تصرفهم يكون خاضعاً لحقوق الدائنين (١) ، على النحو الذى أسلفناه .

- وانظر آنفاً نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٦١ ص ٣٨٤ - استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٨ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٢٣ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٩ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦١ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٠ - ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠ - ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ - ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠ .

وهيئة حق دائنى التركة لا ترجع إلى طبيعة هذا الحق ، فهو لم يكن عينياً قبل موت المورث . وإنما أصبح عينياً بعد موته لسببين واقعيين ، اجتماعاً فتتج عن اجتماعهما هذه المينة الواقعية . السبب الأول أن المورث بعد موته لا يستطيع أن يستدين ، فانحصرت ديونه بموته ، ولم تعد تقبل الزيادة . والسبب الثانى أن المورث بعد موته لا يستطيع أن يتصرف فى أمواله ، فأصبحت هذه الأموال لا تقبل نقصان . وأصبحت كلها ضامنة لديونه المنحصرة حل النحو المتقدم ، وضامنة لهذه الديون وحدها ، إذ أنها بحكم القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين لا تخلص للوارث إلا بعد سداد ديون المورث . وباجتماع هذين السببين الواقعيين - ديون منحصرة لا تقبل الزيادة وأموال معينة لا تقبل النقصان - فتج أن هذه الديون المعينة بالذات قد تركزت فى هذا الضمان المعين بالذات . وهذه هى معانى الحق المبنى تجمعت بحكم الواقع ، فأصبح حق دائنى التركة حقاً عينياً بحكم الواقع قبل أن يكونه بحكم القانون .

(١) وقد قضت محكمة النقض ، منذ عهد التقنين المدنى السابق ، بأن تصرف الورثة فى التركة المستوفى مع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدنى من حيث اعتباره صادراً من غير مالك وبالتالي سبباً صحيحاً لاكتساب الملكية بالتقادم الحسى ، ومن حيث عدم اعتباره محلاً لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائنى التركة . لكن الحكم الصادر على هذا الأساس بملكية المشتري للمعين المبيعة له لا يكسب هذه الملكية إلا بحملة بحق الدائن المبنى ، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون فى الوقت نفسه تقادماً يسقط للحق المبنى الذى يثقلها ، إذ هذا الحق إنما هو حق تبعى لا يسقط بالتقادم مستقلاً عن الدين الذى هو تابع له . وبقاء =

ثالثاً - وقد استعان التقنين المدني بنظام الشهر المعروف في القوانين الحديثة ، والذي لم يكن معروفاً في الفقه الإسلامي كما قدمنا . وبدلاً من أن يلجأ ، كما لجأ الفقه الإسلامي ، إلى إبطال تصرف الوارث الصادر قبل سداد الدين ، أو حتى إلى جعله غير نافذ في حق دائي التركة . فانه قد لجأ إلى نظام الشهر هذا . فأوجب شهر حق الدائن وهو حق عيني كما أسلفنا ، فإذا ما شهر هذا الحق صار نافذاً في حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث . وبذلك تتم حماية دائي التركة على أسلوب يتفق مع النظم الحديثة في الشهر وهي النظم التي تتلاءم مع مبادئ القانون المصري (١) ، ويكون لهؤلاء الدائنين حق تتبع أعيان التركة في يد من تصرف له الوارث وحق التقدم على دائي الوارث ، فتوافر لهم الحماية كاملة (٢) .

= هذا الحق العيني على الأرض المبيعة هو سند الدائن في تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه . وإذن فن الخطأ أن يقضى بإلغاء إجراءات نزع الملكية التي يتخذها الدائن على تلك الأرض ، إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن في تتبع العين لاستيفاء دينه (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٢٦٥) .

(١) وقبل قانون الشهر العقاري الذي أخضع حق الوارث للشهر ونظم طريقة لشهر ديون التركة ، لم يكن الشهر لازماً لتتبع دائي التركة في يد المشتري عيناً من أعيانها بأعيان الوارث . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن حق دائي التركة في تتبع العين المبيعة منها لا يشترط له ، لكي ينفذ في حق المشتري ، أن يكون الدين مسجلاً أو مشهراً (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٠ رقم ١١) .

(٢) وقد قضى بأن التركة ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة مشقة بحق عيني لدائني المتوفى ، يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم بالتقدم على سواهم من تصرف له الوارث أو من دائنيه . هذا الحق العيني يتوافر له خصيصة التتبع والتقدم لاستيفاء دائي المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائز حسن النية وآخر سوء النية ، وإنه متعاثر بالتركة كلها تنطبق دين الرهن بالرهون (دمهور الكافية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ اعتماد ٣٦ رقم ٥٧٥ ص ١٥٧٠) .

وانظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩١ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥ وفقرة ١٩٢ .
وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، أنظر في تحقيق الوراثة وقبول الإرث ورفضه المواد ٩٣٨ - ٩٣٤ مرافعات .

ونفصل فيما يلي ما أحلناه من هذه المبادئ ، في حماية حقوق دائني
التركة في القانون المصري .

المبحث الثاني

تنظيم حماية حقوق دائني التركة في القانون المصري

٣٣ - الطريقة الإلزامية ^{نظمها القانون} - طريق الإجراءات

الفردية وطريق التصفية الجماعية : وقد نظم القانون طريقين لحماية حقوق
دائني التركة :

(الطريق الأول) طريق الإجراءات الفردية ، وهو الطريق المعتاد
المألوف . وفيه يبدأ الدائنون بشهر حقوقهم بالتأشير بها على هامش
شهر حق الإرث ، على النحو الذي سنبينه فيما يلي . ثم يستوفي الدائنون
حقوقهم من أموال التركة بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن
لنفسه ، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء
حقه ما يقرره القانون لكل دائن ، وذلك إما عن طريق الحجز على
أموال التركة وهي في يد الورثة (١) ، أو عن طريق تتبعها والحجز عليها

(٧) وهناك قاعدة شرعية تقضي بأن الوارث ينتصب خصماً عن باقي الورثة في الدعاوى
التي ترفع من التركة أو عليها (م ٣٤١ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) . وقد قضت محكمة
النقض في هذا الصدد بأن هذه القاعدة الشرعية تكون صحيحة لو أن الوارث الواحد كان قد
خاصم أو خوصم في الدعوى طالباً الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً في مواجهته الحكم
على التركة نفسها بكل ما عليها . أما إذا كانت دعوى الوارث لم يكن مقصوده الأول منها
سوى تبرئة ذمته من نصيبه في الدين ذلك النصيب المحدد المطلوب منه في الدعوى ، فإن الواضح
أنه يعمل لنفسه فقط في حدود هذا النصيب المطلوب منه ولمصلحة الشخصية فقط في تلك
الحدود ، لا لمصلحة عموم التركة ككاتب شرعي عنها وقائم في الخصومة مقامها ومقام باقي
الورثة (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً
جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٩) . وقضت أيضاً بأن معنى المادة ٣٤١ من لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية هو أن الوارث الذي لم يظهر في الخصومة يعتبر ممثلاً فيها عن طريق نيابة الوارث
الآخر له ، أو بعبارة أدق عن طريق المورث الذي يتلقى الحق عنه ، إلا أنه مع ذلك لا يعتبر
محكوماً عليه مباشرة ، بل يكون من التغير الذي له حق الطعن بالتعدي ، فلا يجوز الحكم قبله
حجية ما (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً -

في يد الغير بعد أن يتم شهر حق الدائن . ويرتب على ذلك أن حالة الدائنين ، فيما بينهم ، بعد موت المدين ، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات

= جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٥٠) . وقضت كذلك بأنه لا يفيد من الحكم الصادر بإبطال الوقف فيما زاد على ثلث التركة لصدوره في مرض موت الواقف سوى الوارث المحكوم له ، لأنه إنما كان يعمل لمصلحته ولم يكن مثلاً لبقية ورثة الواقف . وإن مجرد ثبوت أن الوقف صدر في مرض موت الواقف في الدعوى التي رفعها هذا الوارث لا يقتضي بطلان الوقف فيما زاد على ثلث التركة بالنسبة إلى جميع ورثته (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ رقم ٥١) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان كل من الورثة يطالب بنصيبه الخاص في التمييز الذي يستحقه عن مورثه : وحكم برفض دعواهم ، فانفرد أحدهم برفع استئناف عن هذا الحكم طالباً إلغائه والحكم له بمقدار نصيبه وحده في التمييز ، فإن علمه هذا يكون لنفسه فقط ولمصلحة الشخصية : لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعي عنها . ولا يعتبر الحكم الصادر في الاستئناف باستحقاقه حصته الميراثية في التمييز . قضاء باستحقاق باقي الورثة لأنصبتهم في هذا التمييز (نقض مدني ٦ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٥ ص ١٩٩) . وقضى بأنه إذا كانت بعض المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض قد أجازت في بعض الأحوال أن ينتصب بعض الورثة مثليين للبعض الآخر في الخصومات التي تتعلق بالتركة ، فإن هذه الإجازة معناها تمثيل أفراد معينين للمنازعات الخاصة بحقوق أفراد آخرين وجواز توجيه الخصومة إليهم ، كما يمثل الدائن مدينه في بعض الدعاوى - وليس معناها عدم الالتفات إلى جنسية هؤلاء الورثة أو محل إقامتهم الشخصي لتحديد مسائل الاختصاص (الاستئنافية الكلية مستعجل ٢٤ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٣ ص ٤٨٤) .

وانظر أيضاً في الحالات التي يمثل فيها الوارث بقية الورثة : نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤١ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٥ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٦ - استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٤ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٥ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٩ - ١٠ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧١ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ - ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٦ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٠ - ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٢ - ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٥ - ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ - وفي الحالات التي لا يمثل فيها الوارث بقية الورثة : نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٨ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٧ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٤ - ٥ مايو سنة ١٩٥٥ نفس نفس المجموعة ٢ ص ١٠٩٢ رقم ٨٢ - ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٤٩٦ .

الفردية ، تماثل حالتهم قبل موته . فمن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه ، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه . على أنه لا يجوز لأى دائن ، بعد موت المدين ، أخذ اختصاص على عقار فى التركة (م ٢/١٠٨٥ ملئى) . ولكن دائنى التركة ، فى هذا الطريق الأول ، يتقدمون على دائنى الورثة الشخصيين ، ويتبعون أعيان التركة فى يد من تصرف له الوارث فيها . فيزة هذا الطريق لا تظهر فى علاقة دائنى التركة فيما بينهم ، وإنما تظهر فى علاقتهم بدائنى الورثة الشخصيين وبالعير الذى يتصرف له الوارث .

(الطريق الثانى) طريق الإجراءات الجماعية : وهو طريق التصفية الجماعية للتركة . وسنرى فيما يلى أن هذا الطريق طويل معتد ، وهو لا يصلح إلا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون . ومن ثم جعل طالب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن - الدائن أو الموصى له أو الوارث - على أن يخضع هذا الطالب لتقدير القاضى ، فان لم ير موجبا لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام . ويبدأ الطريق بتعيين مصف للتركة . ويشهر الأمر الصادر بتعيين المصنف عن طريق القيد ، ويقوم هذا القيد مقام تأشير الدائن بدينه فى الطريق الأول . وتذل أيدى الورثة عن التصرف فى أموال التركة ، وتصبح حقوق الدائنين نافذة فى حق الغير . ويكون سداد الديون بإجراءات جماعية يتولاها المصنف ، ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه . بل يقوم المصنف فى التركة ، كما يقوم السنديك فى التفليسة ، بجرد أموال التركة وحصر الديون التى عليها وسدادها ، ثم يوزع مابقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . وإن ضاقت التركة بوفاء الديون . تحاص الدائنون وأخذ كل منهم حصة بنسبة حقه ، إلا من كان من الدائنين له حق التقدم قانونا على غيره كدائن مرتين ، ولا يأخذ الموصى لهم والورثة شيئا فى هذه الحالة (١) . ونرى من ذلك أن ميزة هذا الطريق الثانى ، طريق الإجراءات الجماعية ، لا تظهر فحسب فى علاقة دائنى التركة بدائنى الورثة الشخصيين

وبالغير الذي تصرف له الوارث ، بل أيضا - وهذا ما يتميز به عن الطريق الأول طريق الإجراءات الفردية - في علاقة دائني التركة فيما بينهم ، فلا يسبق أحدهم الآخرين ويتساوون جميعا كما يتساوى دائنو التفليسة .

ونستعرض الآن تفصيلا كلا من الطريقين سالف الذكر .

المطلب الأول

طريق الإجراءات الفردية

٣٤ - نص قانوني : تنص المادة ٩١٤ مدني على ما يأتي :

« إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها ، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولم يكن في هذا التقنين نظام لشهر حقوق دائني التركة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : ١ - إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم ، أو بما أوصى به إليهم ، على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها ، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير . ٢ - ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء سنة على فتح التركة ، مالم يؤشروا ، بمقتضى أمر على عريضة ، بما لهم من ديون في سجلات المحكمة المنصوص عليها في المادة . . . ، وعلى أن يتم هذا التأشير قبل أن يتقيد الغير حقه على العقار . ٣ - ويكون لقيود الأمر الصادر بتعيين المصنف من الأثر ، في حق الغير الذي تعامل مع الورثة بشأن عقارات التركة ، ما للتأشير المنصوص عليه في الفقرة السابقة . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة بعد أن أضيفت إلى مادة سابقة ، وأدخلت فقرتين الأولى والثانية في فقرة واحدة ، وأدخل عليها من تعديل ما جنبها مطقة تنزيها لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٩٨٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٣ بعد تعديل البارة الأخيرة منه فصارت « وفقا لأحكام القانون ، وأصبح النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٩ - ص ٢٩١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٧٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩١٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٧ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣١ (١) .

ويخلص من النص سالف الذكر أنه إذا لم تتقرر تصفية التركة تصفية جماعية على النحو الذي سنبينه ، لم يكن أمام دائي التركة إلا اتخاذ إجراءات فردية للتنفيذ بحقوقهم على أموال التركة ، كما كانوا يفعلون لو أن المورث . الذين كان حيا . وقد يقع أن يتصرف الورثة في عقارات التركة بعد شهر حقوقهم في الإرث ، أو يرتبوا على هذه العقارات لصالح الغير حقا عينيا كرهن رسمي أو رهن حيازة ، إذا أن ملكية هذه العقارات قد انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث كما سبق القول . فعلى دائي التركة (وكذلك الموصي لهم إذا أصبحوا دائنين للتركة بموجب الوصية ويأتون في الترتيب بعد الدائنين) ، إذا أرادوا أن يحتفظوا لأنفسهم بحق تنبع العقارات في أيدي الذين تصرف لهم الورثة ، وبحق التقدم على

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٧ : ١ - لدائي التركة العاديين والموصي لهم أن يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة العقارات التي نقلت الورثة ملكيتها للغير أو رتبت عليها حقوقا عينية . ٢ - ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين ، فإذا انقضت هذه المدة نفذ تصرف الورثة في التركة قبلهم ، إلا إذا كان التصرف قد صدر نواظرا مع الغير للإضرار بهم . (ويستثنى التقنين العراقي عن شهر حق الدائن بتحديد مدة ثلاث سنوات إذا انقضت كان تصرف الوارث في عقار التركة نافذا في حقه . ومؤدى ذلك أن من تعامل مع الوارث في عقار للتركة لا يطمئن على تعامله إلا إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على موت المورث ، ويمكن اعتبار هذه المدة إسقاط *délai de déchéance* يسقط بانقضائها حق رجوع دائي التركة في الرجوع على عقاراتها) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣١ : التأمين الإجباري هو التأمين الذي يسجل حكما ، سواء أكان برضا أم بغير رضا صاحب العقار ، وفي الأحوال المبينة فيما يلي . ولا يكون هذا التأمين ألا باسم معين . أما المحقوق والديون التي يمتد التأمين الإجباري لضمائها فهي ... (هـ) حقوق وديون الدائنين أو المدعى لهم بتركة . فالتأمين الإجباري يمتد على عقارات التركة ، ضمنا لفرض التركة عن أموال الوارث . (ففي القانون اللبناني يضمن حقوق دائي التركة والموصي لهم رهن قانوني يقيد على عقارات التركة) .

الدائنين الذين رتب لهم الورثة على العقارات حقوقا عينية ، أن يقوموا بشهر حقوقهم وفقا لأحكام القانون . والقانون هنا هو قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، فقد نص فى المادة ١٤ منه على أنه « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات (المثبتة لحق الإرث) وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتاج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه ، فللدائن أن يحتاج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير » (١) . وقد تلى قانون تنظيم الشهر العقارى قانون نظام السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، وهو قانون يعمل به فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل على الوجه الذى سنيته عند استعراض هذا القانون فى أثناء الكلام فى العقد باعتباره سببا لكسب الملكية . وقد نصت المادة ٣١ من قانون نظام السجل العيني هى أيضا على أنه « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى صحف السجل العيني المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها . ويجب على الدائن إعلان كل ذى شأن بقيام الدين قبل التأشير به . ويحتاج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ القيد المشار إليه فى المادة السابقة (قيد حق الإرث) ، فللدائن أن يحتاج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بقيدته قبل هذا التأشير ».

(١) وفى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ، نصت المادة ١٢ من هذا المشروع على نفس ما تنص عليه المادة ١٤ من قانون الشهر العقارى الحالى ، ولكن المشروع الجديد أضاف فقرة متوسطة بين فقرتى المادة تجرى على الوجه الآتى : « ويجب على الدائن إعلان كل ذى شأن بقيام الدين قبل التأشير به » . وبهذا يتمشى المشروع مع المادة ٣١ من قانون السجل العيني ، المتقابلة للمادة ١٤ من قانون الشهر العقارى الحالى .

والغرض من إعلان ذوى الشأن بقيام الدين قبل التأشير به هو تمكينهم فى وقت مناسب من العلم بالدين ، فإذا كان لديهم على هذا الدين طعن جدى لهم أن يطلبوا إلى قاضى الأمور المستعجلة نحو التأشير (م ١/١٨ من قانون الشهر العقارى) .

فدين التركة يجب إذن شهره ، ويكون ذلك عادة في خلال سنة من شهر حق الإرث . ونبحث في هذا الصدد المسائل الآتية : (١) من يقوم بشهر الدين . (٢) كيف يكون شهر الدين . (٣) حالة شهر الدين في خلال سنة من شهر حق الإرث . (٤) حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث . (٥) حالة عدم شهر الدين أصلا . (٦) حالة تصرف الوارث في منقول للتركة قبل سداد ديونها .

٣٥- من يقوم بشهر الدين : الذى يقوم بشهر الدين هو دائن التركة نفسه ، فهو صاحب الشأن في ذلك . وكل دائن من الدائنين العاديين للتركة يستطيع أن يقوم بشهر دينه . والدائنون العاديون للتركة هم دائنو المورث ، وهم الذين كانت الذمة المالية لمدينهم المورث ضمانا عاما لحقوقهم ، فاذا مات المدين أصبحت تركته هى الضمان العام لهذه الحقوق . ويدخل أيضا ضمن الدائنين للتركة الموصى لهم الذين يصبحون بموجب الوصية دائنين للتركة ، وهم غير دائني المورث الأصليين لأنهم لم يصبحوا دائنين إلا بموت المورث ، وقد أصبحوا دائنين مباشرة للتركة دون أن يكونوا دائنين للمورث نفسه . والموصى له الذى يصبح دائنا للتركة بموجب الوصية إما أن يكون قد أوصى له بمبلغ من النقود يأخذه من التركة فيصبح دائنا بهذا المبلغ ، أو أن يكون قد أوصى له بعين معينة بالذات في التركة ، عقارا كانت أو منقولا ، فيكون له حق المطالبة بها . وفي الحالتين يجب عليه أن يؤشر بما أوصى له به على هامش شهر حق الإرث ، حتى إذا ما تصرف الوارث في أعيان التركة أو في العقار الموصى به أو رتب عليها حقا عينيا كان للموصى له حق التمتع وحق التقدم كسائر دائني التركة . غير أن الموصى له يتأخر عن دائني التركة الأصليين ، ولهؤلاء أن يتقاضوا حقوقهم أولا من أعيان التركة بما في ذلك العين الموصى بها عقارا كانت أو منقولا ، فان بقي شيء أخذ الموصى

له منه ما أوصى له به ، وما يبقى بعد ذلك فهو للورثة (١) .

والدائن الذى يقوم بشهر الدين هو الدائن العادى للمورث . أما الدائن الذى يكفل حقه رهن أو اختصاص أو امتياز على عقار من عقارات المورث وقد قام بقبض هذا التأمين ، وبتجديد القيد فى المواعيد المحددة قانونا ، فانه ليس فى حاجة إلى التأشير بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث . وذلك أن حقه مكفول بالتأمين العيني الذى حصل عليه فى حياة المورث ، وبستطيع أن يتتبع العقار الضامن لحقه وأن يتقدم فيه على سائر الدائنين من غير أن يؤثر بحقه بعد موت المدين . ولكنه مع ذلك قد يرى نفسه فى حاجة إلى هذا التأشير ، إذا هو رأى أن التأمين العيني الذى حصل عليه لم يعد كافيا للوفاء بحقه ، فيكون التأشير مفيدا له حتى يستعمل حق التمتع وحق التقدم على عقارات التركة لاستيفاء ما يبقى غير مضمون من حقه .

٣٦- كيف يكونه شهر الدين : يكون شهر الدين بطريق التأشير

الهامشى ، ويحصل هذا التأشير « فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات » المثبتة لحق الإرث . وسرى فيما يلى أن حق الإرث يجب شهره ، ويقوم الوارث أو أى ذى شأن آخر بهذا الشهر ، ويقدم للشهر السند المثبت لحق الإرث من إعلام وراثه أو حكم أو أى سند آخر . فيجب إذن ، حتى يتم شهر الدين ، أن يكون حق الإرث قد سبق شهره ، وذلك حتى يتمكن الدائن من شهر الدين بالتأشير على هامش تسجيل حق الإرث . فإذا لم يكن حق الإرث قد شهر ، فان شهر الدين يكون غير مستطاع ، ولكن الوارث فى هذه الحالة لا يستطيع التصرف فى أعيان التركة إذ هو لا يستطيع ذلك إلا بعد شهر حق الإرث كما سيبنى .

(١) وإذا كان الموصى به عيناً معينة بالذات ، وكانت فى حدود ثلث التركة ، وبقي فى التركة ما يكتفى لوفاء ديونها ، فإن الموصى له يصبح مالكا للعين الموصى بها بموجب الوصية ، وعمل ذلك يكون له أن يرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا لعين . فإذا كانت العين عقاراً ، وجب عليه أن يسجل الوصية حتى تنتقل إليه ملكية العقار الموصى به ، كما تنقضى قواعد التسجيل المقررة فى هذا الشأن (أنظر مايل فقرة ٨٦) .

ولما كان للدائن مصلحة في شهر حقه ، فقد أجز له ، كواحد من أصحاب الشأن ، أن يقوم هو نفسه بشهر حق الإرث بطريق التسجيل حتى يتمكن من التأشير على هامش التسجيل بسند حقه . فبأن على هذا السند من العبث والضياع ، ولا يبقى في حالة تربص دائم يوالى البحث المستمر في مختلف مكاتب الشهر التي تقع عقارات التركة في دائرة اختصاصها حتى يعثر على تسجيل لحق الإرث فيؤثر على هامشه بسند منه . فتجنبنا لهذا الإرهاق يقوم هو بشهر حق الإرث ، ويقوم في الوقت ذاته بالتأشير على هامش تسجيل هذا الحق بسند الدين الذي له ، فيضمن بذلك إلى المحافظة على حقه . وكل ذلك إذا تراخى الوارث في شهر حق الإرث ، بالرغم من أن له مصلحة في المبادرة إلى شهره حتى يستطيع التصرف في عقارات التركة من جهة ، وحتى تظهر من جهة أخرى الديون العادية التي على المورث عن طريق التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث فيتمكن الوارث من فحصها ومناقشتها ومن الوفاء بها إذا اقتنع بصحتها حتى تتخلص التركة من الديون .

ويجوز شهر الدين بأن يقدم الدائن لمكتب الشهر العقاري الذي تم فيه شهر حق الإرث ، أو لمكاتب الشهر العقاري في حالة تعدد عقارات التركة ، طلبا بالتأشير الهامشي مصحوبا بسند الدين الذي يريد التأشير به وسائر الأوراق المؤيدة لهذا الدين^(١) . فيتم التأشير بناء على هذا الطلب ، وفقا لإجراءات نصت عليها المواد ٣٧-٤٠ من قانون الشهر العقاري وهي النصوص الخاصة بالتأشيرات الهامشية . ولما كانت المستندات المقدمة تأييدا لطلب التأشير الهامشي تحفظ في مكاتب الشهر ، فقد كان الأصل أن يقدم الدائن السند المثبت لحقه لحفظه بمكتب الشهر العقاري ضمن المستندات بعد إجراء التأشير المطالب ، ويعطى الدائن صورة فوتوغرافية من هذا السند . ولكن الدائن قد يكون في حاجة إلى استرداد

(١) فإذا لم يكن لدى الدائن سند بالدين ، لم يبق أمامه إلا أن يرفع دعوى على الورثة يطالب فيها التركة بالدين . فإذا تمكن من إثبات الدين في مواجهة الورثة ، وحصل على حكم به ، كان هذا الحكم هو سند الدين وله أن يؤثر به على هامش تسجيل حق الإرث .

أصل السند للمطالبة به وديا أو قضائيا ، ومن ثم نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري على ما يأتي : « ومع ذلك يجوز للدائن ، بالنسبة إلى التأشير المنصوص عليها في المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، أن يسترد سند الدين بعد استخراج صورة فوتوغرافية منه وإقراره عليها بما يفيد صحتها . فعلى الدائن الذى يريد استرداد أصل سند الدين أن يتقدم بطلب بذلك إلى أمين مكتب الشهر ، فيرد له أصل السند . ولكن لما كان هذا الأصل واجب الحفظ كسند من مستندات التأشير الهامشى ، فقد استعاض عنه بصورة فوتوغرافية تستخرج على نفقة الدائن ، ويجب أن يوقع الدائن وأمين المكتب على هذه الصورة الفوتوغرافية بما يفيد صحتها ومطابقتها للأصل الذى تم التأشير بموجبه (١) .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون الشهر العقاري على أنه يجوز « لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه في المادة الرابعة عشرة ، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه طعنا جديا » (٢) . فيجوز إذن أن يطلب محو التأشير الوارث ، أو دائن آخر للتركة ، أو دائن شخصى للوارث ، أو مشتر من الوارث ، أو أى شخص آخر يضره التأشير فيطالب محوه . ويطلب ذو المصلحة محو التأشير إذا كان الدين المؤشر به مطعونا فيه طعنا جديا ، إما فى وجوده أصلا أو لانقضائه بعد وجوده بأن تقدمت مثلا مخالصة بالدين . والطعن يتم بطريق التقاضى بدعوى مستعجلة يختصم فيها المدعى الدائن العادى ، ويدخل فيها خصما مكتب الشهر ليصدر الحكم فى مواجهته . فاذا تبين لقاضى الأمور المستعجلة أن الطعن الموجه

(١) محمود شوق فى الشهر العقارى علما وعلاص ٤٣٠

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٢ من قانون السجل العيني على أن « لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة ٣١ (التأشير بدين على التركة فى صفح السجل العيني المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها) ، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه جديا » .

لسند الدين هو طعن جدى ، كأن كانت هناك مخالصة عنه يقدمها الوارث أو حكم صدر بىطلان الدين ، أمر بمحو التأشير . ويشهر حكم المحرر بطريق التأشير الهامشى على هامش تسجيل حق الإرث : إعلاما للغير بإلغاء التأشير بسند الدين . وعلى هذا النحو لا يصبح الوارث أو ذو المصلحة تحت رحمة أى تأشير يقدم به دائن مزعوم ، لا سيما أن التأشير يتم أصلا فى نية الورثة ، وليس لدى مكاتب الشهر المعلومات التى تخفى حق رفض هذا التأشير منذ البداية (١) .

٣٧ - مائة شهر الدين فى مهلة سنة من شهر من الإرث :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٤ من قانون الشهر العقارى تنص على ما يأتى : « ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه (تسجيل حق الإرث) ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير » (٢) . ويخلص من هذا النص أنه إذا قام الدائن بالتأشير بحقه وفقا للإجراءات التى تقدم ذكرها ، فى خلال سنة من شهر حق الإرث ، كان له على عقارات التركة حق التبع وحق التقدم .

أما حق التبع فيتحقق إذا باع الوارث مثلا عقارا من عقارات التركة ، ويحمل المشتري البيع . فإذا لم يستوف الدائن حقه من الوارث أو من أى طريق آخر ، كان له أن يتبع العقار المبيع تحت يد المشتري كما كان يتبعه لو أنه كان دائنا مرتها ، فيستوفى حقه منه . وذلك حتى لو كان البيع مسجلا قبل تأشير الدائن بحقه ، ما دام التأشير قد تم فى خلال سنة

(١) محمود شوق فى الشهر العقارى علما وعلاص ٤٣١ - هذا وحكم قاضى الأمور المسجلة بمحو التأشير لا يمنع الدائن من أن يرفع على الورثة دعوى موضوعية بالدين ، فإذا صدر حكم لصالحه جاز له أن يطلب التأشير به على هامش تسجيل حق الإرث .
(٢) أنظر أيضا الفقرة الثالثة من المادة ٣١ من قانون السجل العيني ، وهى تقرر نفس الحكم .

من تاريخ شهر حق الإرث^(١) . ونرى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشترى منه عقارات للتركة يجب عليه أن يحاط ، فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث^(٢) ، وعند ذلك يستطيع أن يتبين ما إذا كان هناك دائن للتركة أشربدينه حتى يتعامل مع الوارث على هذا الأساس . فاما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن ، أو أن يجعل الوارث يني بالدين ، فإذا لم يفعل لا هذا ولا ذاك ، عرض نفسه لإجراءات التتبع التي يقوم بها دائن التركة^(٣) . ويبدو أن المشتري من الوارث لا يستطيع تطهير العقار كما كان يستطيع لو أن العقار كان مرهونا رهنا رسميا ، فإن التطهير إجراء استثنائي لا يمتد من الرهن الرسمي إلى غيره من الحقوق المماثلة إلا بنص في القانون .

(١) إذ يجوز أن يتم شهر حق الإرث وتسجيل عقد البيع في محرر واحد ، أو في محررين يشهران في نفس اليوم ، أو يمرين شهر حق الإرث وتصرف الوارث بعقد مسجل فترة قصيرة لا يتمكن الدائن العادي خلالها من البحث والتأكد من حصول تسجيل حق الإرث ليأدر إلى شهر سند حقه . من أجل ذلك أعطى دائن التركة مهلة سنة من وقت شهر حق الإرث ، إذا أشرب في خلالها بسنده احتفظ بحقه في التتبع وحقه في التقدم ، وذلك - كما نقول المذكورة الإيضاحية لقانون الشهر العقاري - «حماية للدائن من التصرفات التي قد يأدر الوارث إلى إجرائها قبل أن يتمكن الدائن من العلم بافتتاح التركة ومن التأشير بدينه» .

وقد قصد المشرع ، إلى جانب ذلك ، إظهار جميع الديون العادية على التركة أو المبالغ الموصى بها للغير في ميعاد مناسب ، حدده سنة واحدة من تاريخ قيام الوارث بشهر حقه في الإرث (محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٤٢٤ - ص ٤٢٥) .

(٢) أما قبل شهر حق الإرث ، فقد قدمنا أن الوارث لا يستطيع التصرف في عقارات التركة ، إذ يمنع شهر أي تصرف يصدر منه قبل أن يشرب حق إرثه .

(٣) وينبني على حق التتبع الثابت لدائن التركة إذا أشرب بحقه في خلال السنة أمران : (أولاً) إذا أشرب المشتري من المورث الذي لم يسجل عقده ، باعتباره دائناً للتركة ، حقه في خلال السنة ، فإن له يتتبع العقار في يد المشتري من الوارث ، حتى لو أن هذا المشتري الأخير قد سجل عقده قبل أن يسجل عقده المشتري من المورث ، بل وقبل تأشير المشتري من المورث بحقه (الوسيط ٤ فقرة ٢٧١ ص ٤٨٣ - ٤٨٨) . (ثانياً) إذا أشرب الموصي له بعقار ، قبل تسجيل الوصية ، بحقه في خلال السنة ، فإن له أن يتتبع العقار في يد المشتري من الوارث ، حتى لو أن هذا قد سجل عقده قبل تسجيل الوصية ، بل وقبل تأشير الموصي له بحقه (إسماعيل غانم ص ١٥١ - حسن كيرة ص ٤٢ - ص ٤٤) .

ولذلك جاز التطهير في حق الاختصاص (م ١٠٩٥ مدني) وفي حقوق الامتياز الواقعة على عقار (م ١١٣٤ / ١ مدني) لوجود هذا النص ، ولم يجز في الرهن الحيازي لانعدامه (١) .

وأما حق التقدم فيتحقق إذا رتب الوارث رهنا مثلاً على عقار من عقارات التركة ، وقيد الدائن المرتهن الرهن . فإذا لم يستوف الدائن حقه من أعيان التركة الأخرى ، فإن له أن يستوفيه من العقار المرهون ، متقدماً في استيفائه لحقه على الدائن المرتهن . وذلك حتى لو كان الرهن قد قيد قبل تأشير الدائن بحقه ، ما دام التأشير قد تم في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث . وعلى ذلك يجب على من يرث من الوارث عقاراً من عقارات التركة أن يربص سنة من وقت شهر حق الإرث قبل أن يقدم على ارتهاق العقار ، فإذا رأى أن دائناً للتركة قد أشر بحقه في خلال هذه السنة ، علم أن هذا الدائن يتقدم عليه في العقار المرهون بالرغم من أنه قد قيد الرهن قبل أن يوشر دائن التركة بحقه .

وإذا كان هناك دائنان للتركة أشر كل منهما بحقه في هامش تسجيل حق الإرث ، وسبق أحدهما الآخر في هذا التأشير ، فإنه لا يتقدم عايه في استيفاء حقه من عقارات التركة . ذلك أن الأفضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائني التركة ، فلا يتقدم أحدهم على الآخر مجرد أنه أشر بحقه قبله . ولكن الدائن الذي أشر بحقه في خلال السنة له أن يتبع العقار في يد الغير وأن يتقدم فيه على دائن مرتهن من الوارث قيد رهنه قبل التأشير ، ولا يستطيع هذا التبع ولا هذا التقدم الدائن الذي لم يوشر بحقه في خلال السنة (٢) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٨ - ص ٣٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص ٧٣٩ هامش ١ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٧ هامش ٢ - محمد كامل مرسى في الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ فقرة ١٦٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٨٣ ص ٦١٥ وفي مقال له في الاتجاهات الحديثة في الميراث وتصفية التركة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص ٧٣٩ .

٣٨ - هالة شهرز الدين بعد انقضاء سنة من شهر من الارث :

أما إذا تراخى الدائن في التأشير بحقه، ولم يجر هذا التأشير إلا بعد انقضاء سنة من وقت تسجيل حق الإرث ، فإن هذا التأشير المتأخر لا يكون مع ذلك عديم القيمة ، فقد نصت المادة ٢/١٤ من قانون الشهر العقاري كما رأينا على أن "يحتاج هذا التأشير من تاريخ حصوله" (١) .

وعلى ذلك إذا باع الوارث عقاراً في التركة وسجل المشتري عقد البيع ، وبعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث أشر دائن التركة بحقه ، فإن هذا الدائن لا يكون له حق تتبع العقار المبيع إذا كان المشتري قد سجل عقد البيع قبل أن يؤشر الدائن بحقه ، سواء حصل البيع قبل انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث أو بعد انقضائها . ذلك لأن التأشير الذي أجراه دائن التركة بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث لا يحتاج به إلا من تاريخ حصوله ، وقد حصل بعد أن سجل المشتري من الوارث عقد البيع ، فلا يحتاج بالتأشير إذن على المشتري ، ولا يكون لدائن التركة حق تتبع العقار المبيع (٢) . أما إذا كان المشتري من الوارث قد سجل البيع بعد أن أشر الدائن بحقه ، سواء حصل البيع بعد التأشير أو قبله ، فإن التأشير بالدين يكون سابقاً على تسجيل البيع ، ويكون لدائن التركة حق تتبع العقار بالرغم من أنه لم يؤشر بحقه إلا بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث ، ما دام تأشيرته بحقه قد سبق تسجيل البيع .

كذلك إذا أشر الدائن بحقه بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث ، ورهن الوارث عقاراً في التركة وقيد الدائن المرتهن الرهن قبل تأشير

(١) انظر أيضاً المادة ٣/٣١ من قانون السجل المني .

(٢) وذلك ما لم يكن المشتري سواه التية متواطئاً مع الوارث ، بحيث يجوز للدائن أن يعطى في البيع بالدعوى البولعية (الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩) . وإذا باع المورث عقاراً ولم يسجل المشتري البيع قبل موت المورث ، ثم باع الوارث العقار ذاته ، فإن المشتري من المورث يفضل على المشتري من الوارث إذا سجل عقده في خلال السنة التي تلي تسجيل حق الإرث أو أشر بحقه باعتباره دائناً للتركة في خلال هذه المدة ، حتى لو سجل المشتري من الوارث عقده قبل ذلك . أما إذا سجل المشتري من المورث البيع أو أشر بحقه بعد انقضاء السنة ، فالمبرة في المفاضلة بينه وبين المشتري من الوارث بالأسبقية في التسجيل أو التأشير (الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩ هامش ٢ - وانظر آنفاً ص ٢٢ هامش ٣) .

الدائن بحقه ، فان الدائن المرتهن يتقدم على دائن التركة لأن قيد الرهن سبق التأشير بحق الدائن . أما إذا سبق التأشير قيد الرهن ، فان دائن التركة يتقدم على الدائن المرتهن .

وفي جميع الأحوال يجوز لدائن التركة ، إذا لم يستطع أو لم يرد تتبع العقار أو التقدم فيه ، أن يستوفي حقه من أموال التركة الأخرى التي لا تزال باقية في يد الوارث . كما له أن يرجع بالتعويض على الوارث في ماله الشخصي إذا كان هذا قد باع العقار أو رهنه غشا وإضراراً بحقوق دائن التركة ، ولو لم تتوافر شروط الدعوى البولصية^(١) .

٣٩ - مالم يحرم شهر الرهن أصلاً : هنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) ألا يكون الوارث قد شهر حق إرثه : وفي هذا الفرض لا يستطيع الوارث أن يتصرف في عقارات التركة ، إذ يجب عليه تسجيل حق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية ، « وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف من الوارث في حق من هذه الحقوق » (م ١/١٣ من قانون الشهر العقاري وم ١/٣٠ من قانون السجل العيني) . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث أن يبيع عقارا من عقارات التركة ، أو يرتب عليه رهنا . ومن ثم تبقى عقارات التركة في ملك الوارث خالصة من أى حق عيني يرتبه عليها ، ومحملة بديون التركة كما لو كانت مرهونة في هذه الديون ؛ فيستطيع دائن التركة إذن ، بالرغم من عدم شهره لحقه ، أن ينفذ على هذه العقارات دون أن يعترضه في ذلك حق للغير . وليس لدائن الوارث أن ينفذوا على عقارات التركة ، قبل أن يستوفي دائنو التركة حقوقهم منها :

وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقاري تأييداً لما قدمناه : « أما إذا لم بشهر حق الإرث ، فللدائن أن ينفذوا على أعيان التركة استيفاء لحقه . والمفروض أنها تكون باقية على ملك الوارث ، إذ لا يجوز شهر أى تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته فاذا أهمل الوارث

شهر حقه ، لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه ، مع بقاءه محميا بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاء الديون ففضل ديون التركة رغم خفائها عالقة بأعيانها ، كما لو كانت مرهونة بها .

(الفرض الثاني) أن يكون الوارث قد شهر حق إرثه : ونحن نفرض أن الدائن لم يشهر حقه ، وذلك بالرغم من شهر الوارث لحق الإرث . ومن ثم يستطيع الوارث أن يتصرف في عقارات التركة ، كأن يبيعها وأن يرهنها ، وتكون هذه التصرفات جميعها نافذة في حق دائن التركة لأنه لم يشهر حقه . فلا يستطيع الدائن أن يتتبع العقار المبيع في يد المشتري ، ولا أن يتقدم على الدائن الذي ارهن عقارا من الوارث في هذا العقار بل يتقدم هذا الدائن عليه . ولكن ما يبقى في يد الوارث من عقارات التركة دون تصرف يكون محملا بحقوق دائني التركة ، فيستطيع الدائن أن ينفذ على هذه العقارات بحقه دون أن يعترضه في ذلك حق للغير . وليس للدائنين العاديين للورثة أن ينفذوا على هذه العقارات قبل أن يستوفي دائنو التركة حقوقهم منها .

وتأييدا لما قدمناه نقول المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري : « وللدائن في جميع الأحوال ، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك - أي بعد شهر حق الإرث - أن ينفذ على أعيان التركة التي تكون باقية على ملك الوارث . بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع (بعد تسجيل حق الإرث) ولم يوثق الدائن بدينه ، كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التي لم يتعلق بها حق للغير . وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة وقيد الرهن ، فللدائن الذي لم يوثق بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون ، ولكن يكون للدائن المرتهن أن يحتج قبله بحق الرهن » .

٤٠ - حالة تصرف الوارث في منقول التركة قبل سراد ديونها :

وما قدمناه من تأشير دائني التركة بحقوقهم تأشيراً هامشياً إنما يتعلق بعقارات التركة ، ولا شأن له بمنقولاتها . فالمنقول في التركة لا يحكمه نظام تسجيل

حق الإرث ولا تأشير دائن الشركة بحقه ، وإنما تحكمه القاعدة المعروفة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية .

فسواء سجل الوارث حق الإرث أو لم يسجل ، وسواء أشر دائنو الشركة بمحقوقهم أو لم يؤثروا ، وبالرغم من تعلق ديون الشركة بمنقولاتها كعقاراتها بعقاراتها ، فانه إذا باع الوارث منقولاً في الشركة قبل سداد ديونها ، وتسلم المشتري المنقول وهو حسن النية أى لا يعلم أن المنقول الذى يشتره هو من أموال شركة لم تسدد ديونها ، فقد ملك المنقول خالياً من حقوق دائنى الشركة . ولا يستطيع دائن الشركة أن يتبعه فى يده ، وليس للدائن إلا الرجوع بحقه على بقية أموال الشركة التى لا تزال فى يد الوارث . فان لم يجد شيئاً يستوفى منه حقه ، رجع بضمن المنقول على الوارث إذا كان حسن النية ، أو رجع عليه بالتعويض إذا كان سىء النية أى كان يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على الشركة ديناً لم يسدد .

أما إذا كان المشتري للمنقول سىء النية ، أى كان يعلم أن المنقول الذى يشتره هو من أموال شركة لم تسدد ديونها ، فانه يجوز لدائن الشركة أن يتبع هذا المنقول فى يد المشتري وأن يستوفى حقه منه . وهذا لا يخل بحقه فى الرجوع على بقية أموال الشركة التى لا تزال فى يد الوارث ، على النحو الذى قدمناه (١) .

المطلب الثانى

طريق الإجراءات الجماعية

٤١ - التصفية الجماعية للشركة أمر امتيازى وهو على كل مال أمر

استثنائى : الأصل فى تسوية ديون الشركة أن تكون بإجراءات فردية ، على النحر الذى فصلناه فيما تقدم . أما تسوية هذه الديون عن طريق إجراءات

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ من ٣٤٩ - من ٣٥٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٦ - وانظر فى تطبيق أحكام القانون المدنى دون أحكام الشريعة الإسلامية فى هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٦ من ٧٤٤ حاشى ٢ - حسن كيرة من ٤١ . وانظر عكس ذلك على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالشركة فى مجلة القانون والاقتصاد ١٢ من ٢١٧ .

جماعية ، أى التصفية الجماعية للتركة ، فهذا أمر اختياري ، بل هو أمر استثنائي لا يجوز الالتجاء إليه إلا عند الضرورة . ذلك أن نظام التصفية الجماعية ينطوي على إجراءات طويلة ، ويقضى تكاليف كبيرة ، فلا يصح أن يكون نظاما إجباريا تخضع له كل التركات . بل هو ليس بنظام اختياري ، بمعنى أنه يجوز لذوى الشأن أن يطبقوه متى شاءوا . وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلت الديون وتعقدت شؤونها ، فالنظام ملائم كل الملاءمة لمثل هذه التركات . والقاضى وحده هو الذى يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية ، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك (١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وتصفية التركة من طريق تعيين مصف لها أمر اختياري لذوى الشأن وللقاضى . فلكل ذى شأن أن يطلب هذه التصفية إذا أراد . وللقاضى أن يجيب الطلب ، وله أن يرفضه إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إلى تصفية منظمة ، إما لانعدام الديون ، أو لتفاهتها ، أو لتفاهة التركة نفسها » (٢) .

٤٢ - معنى أنه تصفية التركة هى تصفية جماعية : وتبين المذكرة

الإيضاحية للمشروع التمهيدى معنى أن تصفية التركة هى تصفية جماعية ، فتقول : « ومعنى ذلك أن المصطفى وحده هو الذى يمثل التركة ، فلا يجوز للدائن اتخاذ أى إجراء إلا فى مواجهته ، ولا يجوز لأحد منهم الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة ، ولا يجوز للوارث أن يتصرف فى مال التركة قبل تصفيتها . فترفع بذلك يد الدائن والورثة عن التركة ، ويمنع اتخاذ أى إجراءات فردية حتى تتم التصفية . وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى ،

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٥٠ هامش ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠١ .

وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى
بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى ، ويستطيع الورثة أن
يتصرفوا فى هذه الأموال للغير دون أن يخشى الغير ظهور دائن للتركة
ينازعه ، فيستقر بذلك التعامل فى الأموال الموروثة . . . ويستخلص
مما تقدم أن الإجراءات التى نظمها المشروع تكفل حماية المصالح المختلفة .
فهى تكفل حماية مصلحة الورثة ، فكثيرا ما يختلفون على تصفية التركة
أو يهملون فى ذلك ، ويترتب على اختلافهم أو إهمالهم أكبر الضرر ،
أما بعد وجود إجراءات منظمة للتصفية فقد امتنع الخلاف أو الإهمال .
وهى تكفل حماية مصلحة من يتعامل مع الورثة ، يجعلهم يطمئنون إلى
هذا التعامل ويأمنون أن يرجع عليهم الدائنون . وهى تكفل حماية مصلحة
دائى التركة بجعل التصفية جماعية ، لا يفضل فيها دائن على آخر دون
مير قانونى . هذا إلى أن السبيل قد مهد للوارث إذا أراد إفراز حصته
فى الميراث ، كما أن المورث قد أعطى حق قسمة تركته قبل موته ،
وهو أمر تفرضه الظروف على رب الأسرة فى أحوال كثيرة (١) .

٤٣ - مراحل التصفية الجماعية للتركة : ويمكن تقسيم إجراءات
التصفية الجماعية للتركة إلى مراحل أربع : (١) تعيين مصف للتركة .
(٢) جرد التركة بحالها وما عليها . (٣) تسوية ديون التركة . (٤) تسليم
أموال التركة للورثة خالية من الديون وقسمة هذه الأموال بينهم عند
الاقضاء (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠١ - ص ٢٠٣ - وانظر فى أوجه الخلاف
بين الإفلاس التجارى وتصفية التركة تصفية جماعية محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩٠ .

(٢) وهذه الإجراءات لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية . وقد قضت محكمة النقض
فى هذا المعنى بأن تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لا تعتبر
من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجبت المادة ٩٩ مرافعات تدخل النيابة فيها . ذلك أن
النقل من إن نزلت إلى نزلت تسمى على الميراث بوصفه سبباً من أسباب نقل الميراث هو مسأله تتعلق
بنظام الأموال . وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية ،
ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدنى على اتباع أحكامه فيها ، وهى أحكام اختيارية
لا تتناول الحقوق فى ذاتها ، بل تنظم الإجراءات التى يحصل فيها الورثة والدائنون على حقوقهم
فى التركات فى نطاق القاعدة الشرعية التى تقضى بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون . ولا يفبر =

§ ١ - المهرور الأولي - تعيين مصنف للتركة

٤٤ - نصوص قانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدني

على ما يأتي :

« وتتبع في تصفية التركة الأحكام الآتية » .

وتنص المادة ٨٧٦ مدني على ما يأتي :

« إذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصنف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجبا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره . فإن لم تجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصنف ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء » .

وتنص المادة ٨٧٧ مدني على ما يأتي :

« ١ - لمن عين مصفيا أن يرفض تولى هذه المهمة ، أو أن يتنحى عنها بعد توليها ، وذلك طبقا لأحكام الوكالة » .

« ٢ - وللقاضي أيضا ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصنف واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » .

وتنص المادة ٨٧٨ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا عين المورث وصيا للتركة ، وجب أن يقر القاضي هذا

التعيين » .

« ٢ - ويسرى على وصي التركة ما يسرى على المصنف من أحكام » .

- من هذا انظر ما أورده المواد ٩٣٩ ، ٩٤٠ ، ٩٤٧ وما بينها من قانون المرافعات المنقحة بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥١ تحت عنوان « في تصفية التركات » ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، لأن هذه الأحكام إنما أريد بها كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مواجهة الأوضاع التي تستلزمها قواعد الإرث في بعض القوانين الأجنبية (نقض مدني ١٦ ماي سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

وتنص المادة ٨٧٩ مدني على ما يأتي :

١ - على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوماً الأوامر الصادرة بتعيين المصنفين وبتثبيت أوصياء التركة ، في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للنهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر في هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل .

٢ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنف من الأثر على حق الغير الذي يتعامل مع الورثة في شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه في المادة ٩١٤ (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢/٨٧٥ : ورد هذا النص في المادة ٢/١٣٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٤٦ في المشروع الباقى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٤٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧) .

م ٨٧٦ : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة « عين القاضى الجزئى الذى يقع في دائرته آخر موطن للمورث » بدلا من عبارة « عين المحكمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٧ في المشروع الباقى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « عين المحكمة » بعبارة « عين القاضى الجزئى الذى يقع في دائرته آخر موطن للمورث » ، وذلك « لأن قانون المرافعات هو الذى يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان » . واقترح أحد أعضاء اللجنة أن يضمن النص حكماً يسمح للقاضى بالخروج على إجماع الورثة على اختيار المصنف إذا وجد أن هذا الإجماع على باطل كما إذا كان ضاراً بمصلحة الدائنين ، فلم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح ، وأقرت المادة بالتعديل المقدم ذكره تحت رقم ٨٧٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٨ - ص ٢١٠) .

م ٨٧٧ : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « أو بعبارة أخرى » في الفقرة الثانية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٨ في المشروع الباقى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو النيابة العامة » إلى الفقرة الثانية ، « وبهذا أصبحت النيابة من ذوى الشأن في طلب عزل المصنف أو استبداله » ، وقد دعى في التعديل ما قرره قانون المحاكم الحسبية في أحكامه ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٧٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١١ - ص ٢١٢) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، إذ لم يكن هذا التقنين يعرف نظام النصفية الجماعية للتركة .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٣٦/٢ - ٨٤٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧٩/٢ - ٨٨٣ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل^(١) .

وتقتضي هذه النصوص بحث المسائل الآتية : (١) كيف يعين المصنف . (٢) قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصنف . (٣) كيف تنتهي مهمة المصنف .

٤٥ - كيف يعين المصنف : يجب التمييز هنا بين فرضين . فإما أن يكون المورث قد عين وصياً للتركة حال حيائه ، أو ألا يكون قد فعل ذلك .

م ٨٧٨ : ورد هذا النص في المادة ١٣١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة « وذلك فيما لا يتعارض مع إرادة المورث المشروعة » في آخر الفقرة الثانية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وذلك فيما لا يتعارض إلخ » من نهاية الفقرة الثانية ، « لأنها من قبيل التزيد ، وهي بعد قد فُوحى بأن للمورث أن يختار وصياً لا تتوافر فيه الأهلية اللازمة لحسن الإدارة وتحمل رقابة القاضى بالنسبة إليه » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٧٨ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٣ - ص ٢١٤) .

م ٨٧٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣١١ من المشروع التمهيدى ، وقد اقتصر هذا المشروع على الفقرة الأولى دون الفقرة الثانية . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى بمض تعديلات لفظية وأخيفت الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ٩٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٥ - ص ٢١٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٣٦/٢ - ٨٤٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٩/٢ - ٨٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

١ - فإذا كان المورث قد عين وصيا للتركة ، فإن المادة ٨٧٨ / ١

مدنى تقضى ، كما رأينا ، بأنه يجب « أن يقر القاضى هذا التعيين » (١) .
ويبدو أنه فى حالة تعيين وصى للتركة يتعين على القاضى أن يقرر تصفية
التركة تصفية جماعية ، إذ أن هذه هي إرادة المورث بدت. من تعيينه
وصيا للتركة ، ولا يجوز إلا للورثة ولا للدائنين أن يعارضوا فى ذلك (٢) .
ومنى تقرررت تصفية التركة تصفية جماعية ، فانه يتعين على القاضى
أيضا أن يثبت الوصى الذى عينه المورث ويعتبر أنه هو المصنى للتركة .
ولا يجوز له أن يستبدل به ابتداء شخصا آخر ، وإن كان يجوز له أن
يعزله كما سنرى . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٧٨ مدنى كما رأينا :

« ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصنى من أحكام » . وعلى
ذلك يكون لوصى التركة جميع مبادلات المصنى ، وعليه جميع التزاماته .
فللوصى ، كما للمصنى ، أن يرفض تولى المهمة أو أن يتنحى عنها بعد
توليها ، وله أن يطلب أجرا عادلا على قيامه بمهمته . وعليه جميع واجبات
المصنى من تسليم أموال التركة وإدارتها ، واتخاذ جميع الاحتياطات المستعجلة
بما فى ذلك تجهيز الميت والنفقة على من كان يعوله الميت من الورثة ،
وجرد التركة بمالها من حقوق وما عليها من ديون ، وتسوية ديون التركة ،
وتسليم أموال التركة للورثة خالصة من الديون ، وهى شائعة أو بعد
تقسيمها . ويجوز للقاضى عزل وصى التركة واستبدال غيره به متى
وجدت أسباب تبرر ذلك ، كما يجوز له ذلك بالنسبة إلى المصنى .

والقاضى المختص بتثبيت وصى التركة وبعزله ، وكذلك بتعيين
مصنى التركة وبعزله ، وبوجه عام ينظر جميع المسائل المتعلقة بتصفية
التركة تصفية جماعية ، كان ، فى المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٦ مدنى ،
القاضى الجزئى الذى يتبع فى دائرته آخر موطن للمورث . ولكن لجنة
مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « عين المحكمة » بعبارة « عين القاضى »

(١) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، أنظر فى تعيين مديرى التركات وتثبيت مدنى
الوصايا أو تعيينهم المراد ٩٣٩ - ٩٤٦ مرافعات .

(٢) حن كبرى ص ٥٤ - ص ٤٦ .

الجزئي الذي يقع في دائرته آخر موطن للمورث ، وقالت في تقرير هذا التعديل إن « قانون المرافعات هو الذي يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان » ، وأقر مجلس الشيوخ هذا التعديل (١) . ولما كان تقنين المرافعات لا يشمل على نص خاص يعين المحكمة المختصة بتصفية التركات تصفية جماعية ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة في هذا التقنين . ويبدو أنه فيما يتعلق بالاختصاص النوعي تكون المحكمة الابتدائية هي المختصة ، إذ أن المادة ١/٥١ مرافعات تقضي بأن تختص المحكمة الابتدائية بالحكم في جميع الدعاوى التي ليست من اختصاص القاضي الجزئي . ولم يذكر تقنين المرافعات تصفية التركات ضمن الأمور التي يختص بها القاضي الجزئي ، فتكون إذن من اختصاص المحكمة الابتدائية ، إلا إذا كانت قيمة التركة لا تتجاوز مائتين وخمسين جنيتها نصاب القاضي الجزئي ولكن التركات التي لا تتجاوز قيمتها مائتين وخمسين جنيتها لا تصنف تصفية جماعية لتفاهة قيمتها . وفيما يتعلق بالاختصاص المحلي قد نصت المادة ٥٩ مرافعات على أن « الدعاوى المتعلقة بالتركات التي يرفعها الدائن قبل قسمة التركة تكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها محل افتتاح التركة ، وكذلك الدعاوى التي يرفعها بعض الورثة على بعض قبل القسمة » . وإذا كانت تصفية التركة لا تدخل في نطاق حرفية هذه المادة ، إلا أنه يؤخذ من النص أن المحكمة المختصة بالنظر في المسائل المتعلقة بالتركة قبل تسوية ديونها وقبل قسمتها هي المحكمة التي يقع في دائرتها محل افتتاح التركة . وعلى ذلك يمكن القول بأن المحكمة المختصة بنظر تصفية التركة تصفية جماعية هي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها محل افتتاح التركة ، أي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث . وقد نصت المادة ٩٤٧ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب ، فعلا على اختصاص هذه المحكمة إذ قالت : « تختص المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها آخر موطن للمورث بتعيين

(١) انظر أنفاً فقرة ١١ في المامس .

مصف للتركة وعزله واستبدال غيره به ، وبالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالتصفية . ونصت المادة ٩٤٨ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب أيضا ، على أنه « فيما عدا الأحوال التي يختص بها قاضي الأمور الوقفية يرفع الطلب ويفصل فيه وفقا للأحكام والإجراءات والمواعيد المعتادة في الدعاوى » .

ب - وإذا لم يكن المورث قد عين وصيا لتركته ، فهنا ينسجم مجال التقدير للمحكمة (١) . فهي تقدر أولا ما إذا كان هناك محل لتقرير أن تكون تصفية التركة تصفية جماعية ، ولا تقرر ذلك إلا إذا طلب إليها أحد ذوى الشأن تعيين مصف للتركة . وذوو الشأن هنا هم بوجه عام الورثة والموصى لهم والدائنون . فإذا طلب أحد من هؤلاء ، في صورة دعوى يرفعها بالأوضاع المعتادة ، تعيين مصف للتركة ، فالمحكمة غير ملزمة بإجابته إلى طلبه ، بل تقدر ما إذا كان هناك مبرر لتصفية التركة تصفية جماعية . فقد قدمنا أن هذه التصفية إنما هي نظام استثنائي وضع لتصفية التركات الكبيرة المثقلة بالديون ، وللقاضي أن يرفض إخضاع التركة لهذا النظام الطويل الإجراءات الكثير النفقات إذا رأى أن التركة ليست في حاجة إليه ، إما لانعدام الديون أو لتفاهتها أو لتفاهة التركة نفسها (٢) . والمحكمة تقدر ثانيا ، إذا قررت إجابة ذوى الشأن إلى طلب التصفية الجماعية . من يكون المصنف للتركة ، إذ هي التي تعينه . وهي غير ملزمة برأى أحد في ذلك ، إلا إذا أجمعت الورثة على اختيار شخص معين ، سواء كان وارثا أو غير وارث . فعند ذلك تنقيد المحكمة بمن أجمعت الورثة على اختياره ، ولا تستطيع العدول عنه إلى غيره ولو عارض في اختياره الدائنون أو الموصى لهم (٣) . فإذا لم تجمع الورثة على اختيار

(١) وهي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث كما سبق القول (أنظر آنفاً ص ١٣٤) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤١ .

(٣) أنظر مادار من المناقشة في هذا الشأن في لجنة مجلس الشيوخ في صدد المادة ٨٧٦

من أنفاً ص ١٣١ هامش ١ .

أحد ، عينت المحكمة بنفسها المصنى ، ويكون من الورثة بقدر المستطاع ، وذلك بعد أخذ رأى الورثة (م ٨٧٦ مدنى سالفه الذكر) . ولا تنقيد المحكمة فى اختيار المصنى بأغلبية الورثة ، فإذا اختارت الأغلبية شخصا واختارت الأقلية شخصا آخر ، كان للمحكمة أن تعين الشخص الذى اختارته الأغلبية أو الشخص الذى اختارته الأقلية ، أو تختار شخصا آخر غيرهما بحسب تقديرها ، إذ هى لا تثقيد كما قدمنا إلا بالشخص الذى أجمعت على اختياره الورثة .

والمصنى هو فى حكم الوكيل عن الورثة ، وهو نائب عنهم نيابة قانونية . وتسرى عليه أحكام الوكالة (١) ، فيجوز له أن يرفض تولى المهمة ، سواء كان مصفيا أجمعت على اختياره الورثة أو مصفيا اختارته المحكمة أو وصيا للتركة عينة المورث حال حياته . فإذا رفض تولى المهمة ، كان على المحكمة تعيين مصف للتركة بدلا منه ، بنفس الطريقة التى سبق بيانها .

٤٦- قير الاوامر الصادرة بتعيين المصنفين - نصوص قانونية :

وقد رأينا أن المادة ٨٧٩ مدنى تقضى بأن « على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصنفين وبتثبيت أوصياء التركة ، فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بال عزل وبكل ما يقع من تنازل » . وقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى إذا اختارته المحكمة أو أجمعت عليه الورثة ، وبتثبيت الوصى إذا عين المورث وصيا للتركة قبل موته ، مسألة هامة إذ ترتب عليها نتائج خطيرة كما سنرى . لذلك يجب أن يكون القيد فى اليوم نفسه الذى يصدر فيه الأمر بالتعيين أو بالتثبيت .

(١) ومنها إذا تعدد المصنفون . ولم يرحس لهم فى الانفراد بالعمل ، كان عليهم ضمافا للمادة ٧٠٧ مدنى أن يصلوا مجتمعين إلا إذا كان العمل ما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى . واختصاصهم فى دعوى الشفعة ، إذا باعوا أطيانا شفع فيها ، هو ما يلزم منه تبادل الرأى فيما بينهم ، فيجب اختصاصهم جميعا ، ولا يفتى اختصاص مصف عن اختصاص الآخرين (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦) .

ويعد كاتب المحكمة لهذا القيد سجلاً عاماً ، تقيد فيه أسماء المورثين بحسب
الترتيب الأبجدي . فيسجل العنود على اسم المورث المطلوب عند البحث
عنه . فإذا صدر أمر بتعيين مصنف أو بتثبيت وصي للتركة . عند كتاب
المحكمة في يوم صدور الأمر إلى قيد هذا الأمر . ويتضمن طبعاً اسم المصنف
أو الوصي أمام اسم المورث . فيستطاع دائن التركة مثلاً . إذا علم أن
مدينه قد مات ، أن يعرف ما إذا كان قد تقررت تصفية تركته تصفية
جماعية . وذلك بأن يبحث في قلم كتاب المحكمة الابتدائية التي يدخل
في دائرتها آخر موطن لهذا المدين ، وفي السجل المعد لقيد الأوامر الصادرة
بتعيين المصنفين ، وأمام اسم المدين (المورث) المدون في السجل بحسب
الترتيب الأبجدي ، ما إذا كان قد صدر أمر بتعيين مصنف للتركة .
فإذا كان قد صدر هذا الأمر ، فإنه لا محالة يعثر على اسم المورث مدوناً
في السجل ، ويجد أمام هذا الاسم الأمر الصادر بتعيين المصنف مقيداً (١) .
ويجب أيضاً على كاتب المحكمة أن يؤشر في هامش السجل ، بجانب
كل أمر صادر بتعيين مصنف للتركة ، كل أمر يصدر بعزل هذا المصنف
أو ما يقع منه من تنازل أو تنح عن مهمته . ثم يقيد أمام اسم المورث دائماً
الأمر الصادر بتعيين المصنف الجديد الذي حل محل المصنف السابق . وبذلك
يمكن كل من يطالع على هذا السجل أن يعلم بالنسبة إلى تركة معينة ،
ما إذا كانت هذه التركة قد تقررت تصفيها تصفية جماعية ، ومن هو

(١) وقد اقترح أن يتم شهر الأوامر الصادرة بتعيين المصنفين وتثبيت أوصياء التركة
في نفس السجلات المختصة لشهر حقوق الإرث في مكاتب الشهر العقاري . لا في قلم
كتاب المحكمة المختصة بنظر التصفية ، وذلك حتى لا تتعدد جهات التبليغ . فيكون على كاتب
المحكمة أن يبلغ يوماً فيوماً هذه الأوامر لتبليغها في عدل لتسجيل حق الإرث إذا كان قد
سجل . أو لتسجيله إذا لم يكن قد تم تسجيل حق الإرث (أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٨١
ص ٢٢٠ - وفي جهة القضاء الجديدة في بيروت والتصفية تركت بمجملها بدون
والاقتضاء ١٨ ص ٢٣٢) - وإذا كانت هذه الطريقة المقترحة تحقق توحيد جهات التبليغ
في مسائل التركات ، إلا أنها من جهة أخرى تقتضي أن يتم شهر أمر تعيين المصنف في
مكاتب الشهر بعدد بنود عقارات التركة ، إذا كانت هذه العقارات تقع في دائرة اختصاص
أكثر من مكتب واحد .

المصنى الذى عين للقيام بهذه التصفية ، ومن عسى أن يكون قد حل محله إذا كان قد عزل أو كان قد تنحى .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٧٩ مدنى كما رأينا : « ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ » . والتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ مدنى هو تأشير دائن التركة بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث ، وقد رأينا أن هذا التأشير يغل يد الورثة عن التصرف فى أموال التركة . وعلى ذلك يكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى أثران هامان :

(أولا) لا يجوز للوارث ، من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى إلى أن يتسلم شهادة التوريث التى تعطى له بعد تسوية الديون وسيأتى بيانها فيما يلى ، أن يتصرف فى أموال التركة أو أن يستوفى ما للتركة من ديون . وتنص المادة ٨٨٤ فى هذا الصدد على ما يأتى : « لا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١ ، أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة » (١) . ذلك أنه من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى تبدأ الصفة الجماعية للتصفية ، وهذه الصفة لها أثرها بالنسبة إلى الورثة كما نرى هنا ، وبالنسبة إلى دائنى التركة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٥ فى المشروع البناى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٩) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقال : تنقيت المدنية امرية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

كما سيجيء . فبالنسبة إلى الورثة . تغل أيديهم عن التصرف في أموال
التركة بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات ، وعن قبض الديون
التي للتركة . وعن إجراء المقاصة في دين عليه بدين للتركة على دائئه
وذلك لأن التصفية الجماعية تكون قد بدأت بقيد الأمر الصادر بتعيين
المصفي (١) . وشأن التركة التي تصفى تصفية جماعية هو شأن أموال المفلس
التي تصفى تصفية جماعية ، وشأن المصفي هو شأن مندباك التفليسة . وكما
تغل يد المفلس عن التصرف في أمواله كذلك تغل يد الورثة عن التصرف
في أموال التركة ، وكما يكون للسند يك وحده حق التصرف في أموال
المفلس كذلك يكون للمصفي وحده حق التصرف في أموال التركة .
ولا خير في ذلك على الورثة فقد علموا بتعيين المصفي وقد يكونون هم
الذين اختاروه ، ولا على من قد يتعامل مع الورثة فهؤلاء يستطيعون
قبل التعامل أن يبحثوا في سجلات المحكمة الابتدائية فيعثروا على الأمر
الصادر بتعيين المصفي مقيدا فيعلموا أن الورثة لا يحق لهم التعامل في أموال
التركة ، ولا على المدينين للتركة فهؤلاء قبل أن يوفوا ديونهم للورثة
بطريق مباشر ، أو يوفوها بطريق غير مباشر بأن يجعلوها قصاصا في حق
لهم على الورثة (٢) ، يستطيعون هم أيضا أن يعثروا في سجلات المحكمة
الابتدائية على الأمر الصادر بتعيين المصفي فيعلموا أن الوفاء بالديون
يجب أن يكون للمصفي دون الورثة (٣) . ونحن بمصفي التركة أن يبادر

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نصوص المواد ٨٨٥ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من
القانون المدني أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة ، مادامت التصفية قائمة (نقض
مدني ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكامم النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦) .

(٢) وكذلك لا يجوز لدائن التركة أن يجعل دينه على التركة قصاصا في دين عليه للوارث ،
لأن دائن التركة لا يستوفى حقه إلا من أموال التركة ولا يجوز له أن يستوفيا من أموال
توارث الخاصة (إسماعيل غانم ص ١٥٣ - ص ١٥٤) .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما الورثة فلا يجوز
لأحد منهم أن يتصرف في مال التركة قبل أن تسلم له شهادة التوريث . أى بعد تصفية الديون .
وعند سائلة الاستعانة في إجراءات التصفية من التي تحقق للمدعى المدعى فلا تركة إلا بعد
سداد دين تخفيفاً مالياً . وكذا يمنع التوريث من التصرف . يمنع كذلك من استيفاء مائترة
من ديون بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، كأن يعمل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة . لأن
المصفي هو وحده الذي تصيب له صفة التبض في حقوق التركة حتى يتمكن من تسوية ديونها .
ولأن قبض الوارث حق في التركة يشبه أن يكون تصرفاً في هذا الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية
ص ٢٢٨) .

منذ تعيينه إلى تسجيل شهادة الإرث في مكاتب الشهر التي تقع في دوائرها عقارات الشركة . وبذلك يستحث دائي الشركة أن يوشروا بحقوقهم على هامش هذا التسجيل ، فيتمكن من معرفة الديون العادية التي على الشركة مما يساعده على تسوية هذه الديون . وبذلك أيضا يكون أمام من يتعامل مع الورثة طريقان لمعرفة الخطر الذي يهددهم إذا أقدموا على هذا التعامل : طريق قيد الأمر بتعيين المصني في سجلات المحكمة ، وطريق تأشير دائي الشركة بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث في مكاتب الشهر العقاري (١) .

(ثانيا) لا يجوز لدائي الشركة ، من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصني ، أن يتخذوا أي إجراء فردي على أموال الشركة . فقد بدأت الصفة الجماعية للتصفية من وقت قيد هذا الأمر كما قدمنا ، فيجب أن تكون إجراءات دائي الشركة لإجراءات جماعية ، وفي مواجهة المصني

(١) ويقول الدكتور محمود شوقي في هذا المعنى : « ونرى أن من أهم واجبات المصني للشركة ، سواء كان من بين الورثة أو من الغير ، أن يقوم بشهر حق الإرث ، حتى يمكن اتخاذ إجراءات أمام المحكمة ، وما يتفح له من تأشيرات في مكاتب الشهر المختصة ، أن يؤدي وظيفته وهي التصفية على أكمل وجه (محمود شوقي في الشهر العقاري علما وعملا ص ٤٢٨) .

وقد يتم شهر الإرث قبل تعيين المصني ، فحينئذ تصرف يصدر من الوارث ، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصني في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لا يكون نافذا في حق دائي الشركة ، وهؤلاء لا للمصني أن يتقدموا العقار المبيع في يد المشتري . ويتشع الدائنون العقاري في يد المشتري بالرغم من فتح التصفية الجماعية وقيام المصني بالعمل دون الورثة والدائنين ، إذا وقع أن هذه التصفية لم تسر إلى غايتها وانفق ذور الشأن جميعا على عدم المضي فيها (قارن المسم فرح السدة لفقرة ٤٩٥ ص ٧٤٣ هامش ١) . أما إذا قيد الأمر بتعيين المصني بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث دون أن يوشر دائي الشركة بختمه في هامش تسجيل حق الإرث في خلال السنة ، فالعبرة بالتسوية في الشهر . وكذلك للمصني تتبع منقولات الشركة التي يبيها الورثة قبل سداد الديون ، ما لم يكن المشتري حسن النية . بل إن الوارث إذا تصرف غشا في شيء من مال الشركة الخاصة لنظام التصفية ، عوقب بمقوبة التهديد كما سنرى (أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩٤ ص ٢٥١) .

لا في مواجهة الورثة . وتنص المادة ٨٨٣ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : ١ - لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصني أن يتخذ الدائنون أي إجراء على التركة . كما لا يجوز لهم أن يستمروا في أي إجراء اتخذه . إلا في مواجهة المصني . ٢ - وكل توزيع فتح ضد المورث ، ولم تقفل قائمته النهائية . يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طالب ذلك أحد ذوي الشأن » (١) . فكل إجراء فردي يتخذه أحد دائني التركة على أموالها بعد قيد الأمر الصادر بتعيين المصني يكون باطلا ، إذ يجب كما قدمنا بعد قيد هذا الأمر أن تكون إجراءات الدائنين جماعية وفي مواجهة المصني . فالمصني هو الذي يفحص الديون التي لهم ، ويحصرها ، ويقوم بسدادها . فإذا كانت التركة موسرة تقاضى كل دائن حقه كاملا ، وإذا كانت معسرة تقاضى كل دائن من أموال التركة بنسبة الحق الذي له ، وبذلك تتحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين ، وهذه هي فائدة التصفية الجماعية للتركة بالنسبة إلى الدائنين . وغنى عن البيان أنه إذا كان لدائن منهم حق التقدم قانونا كأن كان دائنا مرتبها أو له حق امتياز ، استوفى حقه من المال محل الضمان متقدما على سائر الدائنين . وبلاحظ

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من نص المشروع التمهيدى كانت تنهى بالعبارة الآتية «وكذلك لا يجوز الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة بالتركة» . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٥٤ في المشروع النهائي ، بعد حذف هذه العبارة لعدم الحاجة إليها إذ لا يجوز بعد موت المدين أخذ حق اختصاص على عقارات التركة (م ١٠٨٥/٢ مدني) . ثم وافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٥٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

وبقابل النص في امتحانات الملكية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٨٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

في هذا الصدد أنه لا يجوز لأى من دائنى التركة ، بعد موت المدين ، أن يأخذ حق اختصاص على عقار فى التركة (م ١٠٨٥ / ٢ مدنى) ، فإنه بموت المدين يتحدد مركز دائنيه بعضهم بالنسبة إلى بعض حتى تتحقق المساواة فيما بينهم . فلا يتفاضلون بعضهم على بعض إلا بسبب كان موجودا قبل موت المدين ، كرهن أو امتياز أو اختصاص أخذ فى حياة المدين . وإذا اتخذ أحد دائنى التركة إجراء فرديا على مال المدين قبل موته ، بأن حجز مثلا على ماله ، فبموت المدين وقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى يجب وقف هذا الإجراء الفردى ، ولا يجوز للدائن أن يستمر فيه إلا فى مواجهة المصنى ، وبذلك ينقلب إلى إجراء جماعى ، ويتخاص الدائن مع سائر دائنى التركة أموال المدين إلا إذا كان له حق التقدم بسبب موجود قبل موت المدين كما سبق القول . ولكن إذا كان الدائن قد وصل فى الإجراء الفردى الذى اتخذه على مال المدين حال حياته إلى حد بيع هذا المال وفتح باب التوزيع فيه وإقفال قائمة التوزيع النهائية ، فعند ذلك يكون الدائن قد وصل فى الإجراء الفردى الذى اتخذه إلى نهايته ، ولم يعد هناك بد من تنفيذ قائمة التوزيع النهائية كما هى ، وحصول كل دائن على ما يخص له فى هذه القائمة . أما إذا كانت قائمة التوزيع النهائية لم تقفل قبل قيد الأمر بتعيين المصنى ، فإنه يجب وقفها بناء على طلب المصنى أو بناء على طالب أى من ذوى الشأن كوارث أو دائن ، وذلك حتى يتم حصر ديون التركة جميعا فتضم التوزيعات بعضها إلى بعض ، وتسوى الديون جملة واحدة (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «أما دائنو التركة فلا يستطيعون اتخاذ أية إجراءات فردية ضد أحد الورثة أو ضد الورثة جميعاً . بل يجب أن توجه الإجراءات إلى المصنى باعتباره وكيلاً عن الورثة . وكل توزيع فتح ضد الميراث حال حياته ، ولم تقفل قائمته النهائية ، يوقف بناء على طلب أحد ذوى الشأن ، حتى يتم حصر ديون التركة جميعاً وتضم التوزيعات بعضها إلى بعض ، وتسوى الديون جملة واحدة . ومن أهم ما يترتب على وقف الإجراءات الفردية من الآثار حرمان الدائنين من أخذ حقوق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة ، حتى لا يتميز أحدهم على الآخرين دون مبرر . ويلاحظ فى هذا الصدد أن حق الاختصاص ، بعد أن حرم فى حالة الإعسار والموت ، فأصبح لا يجوز -

٤٧- كيف تنتهى مهمة المصنف : ومهمة المصنف تنتهى فى الأصل بانتهاء التصفية . ولكنها قد تنتهى قبل انتهاء التصفية بأحد أمور ثلاثة : بالتنحي أو بالموت أو بالعزل .

أما انتهاءها بالتنحي فلأن المصنف فى حكم الوكيل ، وللكيل أن يتنحي عن الوكالة . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٧٧ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا : « لمن عين مصفيا أن يرفض تولي هذه المهمة ، أو أن يتنحي عنها بعد توليها طبقا لأحكام الوكالة » . ومن أحكام الوكالة فى تنحي الوكيل ما تنص عليه المادة ١/٧١٦ مدنى من أنه ، يجوز للوكيل أن يتزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق مخالف لذلك ، ويتم التنازل باعلانه للموكل . فإذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول » . ويبدو أن المصنف إذا أراد أن يتنحي عن مهمته ، يجب أن يبلغ تنحيه للمحكمة التى عينته ، ولو كان الورثة هم الذين اختاروه بالإجماع ، أو كان وصيا للتركة عينه المورث قبل موته وثبته المحكمة . ومن أحكام التنحي عن الوكالة أيضا ما نصت عليه المادة ١/٧١٧ مدنى من أنه « على أى وجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف » .

وقد تنتهى مهمة المصنف بموته قبل انتهاء التصفية ، إذ هو فى حكم الوكيل كما قدمنا ، والوكالة تنتهى بموت الوكيل (م ٧١٤ مدنى) . وتنص المادة ٢/٧١٧ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل ، يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ،

عأخذه إلا فى حياة المدين المورس ، لم يعد يترتب عليه ضرر ، وبقيت فائدة الرئيسية من أن الدائن يطعن إل ضمان حقه فى المستقبل إذ للمدين حق ويجوز أن يتصرف فى ماله . أما بعد الموت فلا محل لأخذ حق الاختصاص ، إذ لا يخلو الأمر من أن تكون التركة مرسدة فلا معنى لتقديم دائن على آخر ، أو مرسدة فلا فائدة من أخذ الاختصاص بعد أن امتنع تصرف المدين فى ماله بعد موته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٨) .

وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل . ويبدو أن وريثة المصنى يجب أن يخطروا المحكمة التي عينت المصنى بموته ، كما يجوز أن يخطر المحكمة بذلك كل ذى شأن كالورثة والدائنين والموصى لهم .

وتنتهى مهمة المصنى قبل انتهاء التصفية ، أخيراً ، بالعزل . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٨٧٧ مدنى تقول فى هذا الصدد : « وللقاضى أيضاً ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصنى واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » . والأسباب التى تبرر عزل المصنى متنوعة ، فقد تكون عدم كفايته لإدارة التركة وتصنيفها . وقد تكون عدم أمانته ، وقد تكون ما يبدو منه من إهمال وتقصير وقد تكون غير ذلك من الأسباب . فتنى تجمعت لدى المحكمة أسباب جدية تبرر عزل المصنى عزله . وقد يكون هذا العزل بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كدائن أو وارث أو موصى له ، أو بناء على طلب النيابة العامة (١) ، أو دون طلب من أحد فتعزله المحكمة المصنى من تلقاء نفسها (٢) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وكما أن القاضى هو الذى يعين المصنى ، فهو الذى يملك عزله أيضاً بناء على طلب أحد من ذوى الشأن أو دون طلب ، سواء فى ذلك أن يكون المصنى قد عين بإجماع الورثة أو كان مختاراً من القاضى » (٣) .

وإذا انتهت مهمة المصنى قبل انتهاء التصفية ، سواء كان انتهاءها بتنحى المصنى أو بموته أو بعزله ، فعلى المحكمة أن تعين مصفياً آخر مكانه

(١) أنظر إضافة النيابة العامة فى لجنة مجلس الشيوخ وقد ذُوعى فى هذه الإضافة ما قرره قانون اشراك المصنى فى أحكامه : آتفاً من ١٣١ هاش ١ .

(٢) ودعوى العزل لا تنس نظام الصفة فى شىء . وإنما هى منسقة لشخص المصنى وما هو منسوب إليه . ولم يشترط القانون إدخال الدائنين فى دعوى العزل ، ولو كان الحكم بتعين المصنى قد صدر فى مواجعتهم . وذلك أن رأيهم غير ذى أثر فى نظر القاضى الذى يملك العزل من تلقاء نفسه ، ومن باب أولى تلبية لرغبة وارث واحد قد يكون مانكاً لأقل الأنصبة (نقض مدنى ١٦ بايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ من ٦٧٧) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٢١٨ .

حتى يتم تصفية الشركة التي بدأها المصنف السابق . ويكون تعيين المصنف الجديد إما باختيار الورثة له بالإجماع ، أو باختيار المحكمة إياه إذا لم يكن هناك إجماع من الورثة ، وذلك على الوجه الذي بسطناه عند الكلام في تعيين المصنف (١) .

٢٥ - المرحله الثانية - جرد الشركة بما لها وما عليها

٤٨- خطوات هذه المرحله : بعد مرحلة تعيين المصنف ، يدخل في مرحلة جرد الشركة بما لها وما عليها . وهذه المرحلة الثانية تشتمل على إجراءات أولية ، تتلوها إجراءات إدارة الشركة وجردها .

أما الإجراءات الأولية فتتظم الخطوات الآتية : (١) تسلم المصنف أموال الشركة وما يتعلق بأجره وبنفقات التصفية (م ٨٨٠ مدني) .
(٢) اتخاذ الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على الشركة (م ٨٨١ مدني) .
(٣) تجهيز الميث وصرف نفقة لمن كان الميث يعولهم من ورثته (م ٨٨٢ مدني) .

وأما إجراءات إدارة الشركة وجردها فتتظم الخطوات الآتية : (١) إدارة الشركة ومسئولية المصنف عن الإدارة (م ٨٨٥ مدني) . (٢) تكليف دائني الشركة ومدينها بتقديم بيان عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون (م ٨٨٦ مدني) . (٣) جرد حقوق الشركة وديونها (م ٨٨٧ - ٨٨٩ مدني) . (٤) الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرد (م ٨٩٠ مدني) .

٤٩- تسلم المصنف أموال الشركة وما يتعلق بأجره وبنفقات التصفية -

نص قانوني : تنص المادة ٨٨٠ مدني على ما يأتي :

١ - . يتسلم المصنف أموال الشركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة . وله أن يطلب منها أجرا عادلا على قيامه بمهمته .

٢ - ونفقات التصفية تتحملها التركة ، ويكون لهذه النفقات حق امتياز في مرتبة امتياز المصروفات القضائية « (١) » .

ويخلص من هذا النص أن المصفي يبدأ بتسليم أموال التركة بمجرد تعيينه . ليقوم بتصفيتها وسداد الديون برقابة المحكمة الابتدائية التي عينته . وهي المحكمة التي يوجد في دائرتها آخر موطن للمورث أي المحكمة المختصة بنظر مسائل التصفية . ويتسلم المصفي أموال التركة ممن هي تحت يدهم من ورثة الميت وأقاربه وذويه وودعائه وغيرهم ممن يحوزون هذه الأموال كالمصارف والشركات ، كما يتسلم أوراق الميت ومستنداته ليستعين بها على معرفة حقوقه وديونه .

ويجوز للمصفي ، ولو كان وارثا . أن يطلب من المحكمة أن تحدد له أجرا عادلا . لتعويضه عما يتكلفه من جهد ووقت في أعمال التصفية وهذا الأجر يدخل ضمن نفقات التصفية ، ويكون حقا ممتازا مثلها .

أما نفقات التصفية الأخرى فتشمل المصروفات القضائية التي أنفقت في تعيين المصفي وقيد الأمر الصادر بتعيينه ومصروفات شهر حق الإرث ، وما ينفق من مصروفات في اتخاذ الاحتياطات المستعجلة من وضع الاختتام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة ، وفي القيام بالوسائل التحفظية وما يلزم من أعمال الإدارة ، ومصروفات دعوة دائي التركة ومدينها إلى التقدم بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون والإعلانات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٢ من مشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٧ - ص ٢١٩) .

• لا مقابل للمصفي في التقنين المدني السابق .

• ويتناول التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٨٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

الخاصة بذلك ، ومصروفات الجرد وتقدير أموال الشركة بخير أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة ، ومصروفات التقاضي الخاصة بالمنازعات في صحة الجرد ، ومصروفات وفاء ديون الشركة وبيع منقولاتها وعقاراتها في المزاد العلني عند الانقضاء ، ومصروفات استيفاء حقوق الشركة ، ومصروفات تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف ، ومصروفات تسليم أموال الشركة بعد سداد الديون إلى الورثة ، وغير ذلك من المصروفات . وتنفذات التصفية هذه جميعا تتحملها الشركة ، وتكون حقا ممتازا ، وله مرتبة امتياز المصروفات القضائية ، أي المرتبة الأولى بين حقوق الامتياز العامة . وهذا أمر ظاهر ، فان نفقات التصفية بعضها أقرب إلى أن يكون مصروفات قضائية ، وبعضها هو مصروفات قضائية بالفعل .

أما مصروفات قسمة أموال الشركة ، بعد سداد ديونها ، بين الورثة إذا طلب أحدهم ذلك ، فهذه لا تدخل في نفقات التصفية ، لأن التصفية تتم بتسوية ديون الشركة وصيرورة الشركة خالية من الديون . فتصبح أموال الشركة عندئذ ملكا شائعا بين الورثة ، وتسرى على مصروفات قسمتها بينهم الأحكام التي تسرى على مصروفات القسمة بوجه عام .

٥٠ - أجاز الامتيازات المستعجلة للمحافظة على الشركة نص قانوني :

تنص المادة ٨٨١ مدني على ما يأتي :

« على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على الشركة ، وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما . ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الاختتام ، وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات قيمة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٢ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٩ - ص ٢٢١) .

ويخلص من هذا النص أن هناك إجراء احتياطياً مستعجلاً يجب على المحكمة أن تبادر إلى الأمر به ، وذلك عند نظرها في تعيين المصنف ، وقبل تعيينه إذا اقتضى الأمر . وذلك أن الغالب في التركات التي تصنف تصفية جماعية أن تشمل على أشياء ثمينة ، كأثاث فاخر وحلى وجواهر ونقود وأوراق مالية من أسهم وسندات ونحو ذلك من الأشياء ذات القيمة . فهذه تقتضى الحيلة التحفظ عليها ، حتى لا يتخطاها من يكون على مقربة منها ويستطيع الاستيلاء عليها خفية ، إضراراً بالورثة والدائنين . ومن أجل ذلك تصدر المحكمة ، بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كوارث أو دائن أو موصى له ، أو بناء على طالب النيابة العامة ، أو دون طلب من أحد من تلقاء نفس المحكمة ، أمراً بوضع الأختام على الغرف والقاعات التي تحتوى على الأثاث الفاخر ، وعلى الخزائن والدواليب التي تحتوى على الحلى والجواهر والنقود والأوراق المالية والملابس وما إلى ذلك . وتأمّر المحكمة أيضاً بإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء الأخرى ذات القيمة كالحلى والجواهر في أحد المصارف ، وذلك للمحافظة عليها لحساب التركة إلى أن تتم تصفيتها (١) .

- ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابى فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) وقد قفست محكمة النقض بأن ما يجب اتخاذه من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة

إنما يصدر به الأمر من المحكمة المقدم لها طالب التصفية ، وليس من قاضى الأمور الوقتية . وليس أقطع فى الدلالة على أن المشرع قد جعل سلطة اتخاذ الاحتياطات المستعجلة موطنة بالمحكمة لا بقاضى الأمور الوقتية من أنه قد جعل محكمة اتخذ تلك الإجراءات . وليس فقط بده على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة ، بل إنه أيضاً خول لها اتخاذ تلك الاحتياطات من تشيئة نفسها دون طلب ما ، وهو أمر لا يتصور حصوله من قاضى الأمور الوقتية (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٩ بمجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٢١ ص ٨٠٥) .

وتنص المادة ٩٤٩ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب ، على أن «القاضى الأمور

الوقتية أن يصدر أمراً على عريضة باتخاذ جميع ما يراه لازماً من الإجراءات التحفظية أو الوقتية»

وتكون هذه الأشياء كلها تحت تصرف المصنى عند تعيينه ، بمجرد ما
ويقدر قيمتها ويلدجها في القائمة ، شأنها في ذلك شأن سائر أموال التركة .

٥١ - تجهيز الميت وصرف نفقة مؤقته من طاه الميت يعولهم من

ورثته. نص قانونى : تنص المادة ٨٨٢ مدنى على ما يأتى :

- ١ - « على المصنى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مآتمه بما يناسب حالته . وعليه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقفية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنهى التصفية ، على أن تخصم النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الإرث . »
- ٢ - « وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضى الأمور الوقفية » (١) .

«المحافظة على التركة ، وبوجه خاص الأمر بوضع الاختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة أحد المصارف أو لدى أمين. والمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تعدل هذا الأمر أو تلغيه ، وأن تأمر بما تراه لازما من الإجراءات التحفظية الأخرى ، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة العامة أو من تلقاء نفس المحكمة . »

وانظر فيما يتعلق بتركات الأجانب أيضا ، فى وضع الاختام ورفعها وفى الجرد المواد ٩٥٤ - ٩٦٨ مرافعات .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يقضى بالصرف من مال التركة « على تجهيز الميت » ولم يكن يذكر « نفقات مآتمه » ، وكان يجعل الاختصاص فى النفقة لقاضى الأمور المستعجلة . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٥٣ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤن التشريعية لمجلس النواب جعل العرف من مال التركة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » ، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٥١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ قيل إن المفهوم أن أموال الوصية «تواجه حكمهم» حكم إرثه فى تطبيق هذه المواد ، وأضفت عبارة « ونفقات مآتمه » بعد عبارة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات ، واستبدلت عبارة « قاضى الأمور الوقفية » بعبارة « قاضى الأمور المستعجلة » ، وذلك « لأن المنازعات التى يعرض لها النص من قبيل ما يوصلح أن يفصل فيه قاضى الأمور الوقفية ، والاتجاه إليه أيسر وأقل من نفقة الانتجاع إلى القضاء المستعجل حيث لا يقتضى الأمر رفع دعوى بل يكتفى بطلب مقدم للقاضى ويؤثر عليه . »

وبخلص من هذا النص أن المصنى ، وهو يواجه بمجرد تعيينه نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ، يجب عليه أن يقوم بتسديد هذه النفقات من أموال التركة ، لأن هذه النفقات مقدمة على جميع ديون التركة . وقد كان المشروع التمهيدى يقضى بالصرف من مال التركة « على تجهيز الميت » ، فعُدل النص فى لجنة الشؤون التشريعية إلى الصرف من مال التركة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » (١) . وهذا التعديل تعديل صائب ، إذ يغلب أن يحىء تعيين المصنى بعد دفن الميت ، ويكون ذويه هم الذين قاموا بنفقات تجهيزه ، فيرجعون بها على المصنى يسدها من أموال التركة . ولم يكن المشروع التمهيدى يذكر نفقات المأتم إلى جانب نفقات تجهيز الميت ، فأضافت لجنة مجلس الشيوخ نفقات المأتم « لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات » (٢) . فيجب إذن على المصنى أن يسدد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ، بما يناسب حالته ، لمن قام بهذه النفقات من ذوى الميت .

وبأبقى بعد تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ، النفقة على من كان الميت يعوله من ورثته ، ويدخل فى ذلك أصحاب الوصية الواجبة إذ يعتبرون من الورثة . وهذا أمر على جانب كبير من الاستعجال ، إذ كثيراً ما يكون الميت يعول زوجته وأولاده وبعض أقاربه كأمه وأبيه وإخوته . وهؤلاء تنقطع عنهم موارد الرزق بموت عائلهم ، إذا صفت تركته تصفية جماعية فرفعت يد الورثة عن أموال التركة حتى تتم التصفية .

« وافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٨٨٢ ، ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢١ - ص ٢٢٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى سوري م ٨٤٣ (مطابق) .

التقنين المدنى لى م ٨٨٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) أنظر آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ .

فيكونون في أشد الحاجة إلى إسعاف عاجل ، إذا لم يكن لهم مورد من العيش بعد موت العائل . لذلك أوجب القانون على المصنى أن يبادر إلى استصدار أمر من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية ، يقدر فيه القاضي مبلغا معقولا يكفى للنفقة عليهم موقتا ، ويأخذونه من أموال التركة حتى تتم تصفيتها ويتمكنوا من تسلم ما يخصهم منها . ويشترط فيمن تصرف له هذه النفقة الموقته أن يكون وارثا ، وأن يكون من يعلم المورث حال حياته . فلا تصرف لمن كان الميت يعلم من غير ورثته إذ ليس لهؤلاء نصيب في تركته (١) ، ولا لو ارث لا يكون الميت يعلم حال حياته . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل الاختصاص في نظر هذه النفقة لقاضي الأمور المستعجلة ، فعدلت لجنة مجلس الشيوخ النص وجعلت الاختصاص لقاضي الأمور الوقتية ، لأن الالتجاء إلى قاضي الأمور الوقتية أسرع وحيث لا يقتضى الأمر رفع دعوى ، بل يكتفى بطلب يقدم للقاضي ويؤشر عليه ، (٢) . وإذا قدر قاضي الأمور الوقتية النفقة التي تعطى لمن كان الميت يعلم من ورثته ، فنازع فيها الورثة الآخرون أو الدائنون أو الموصى لهم ، بأن ادعوا أن من قررت لهم النفقة ليسوا من الورثة ، أو هم من الورثة ولكن الميت كان لا يعلم حال حياته ، أو أن المبلغ الذي قدر لهم مبالغ فيه لا يتناسب مع أنصبتهم

(١) أما أصحاب الوصية الواجبة ، إذا كان الميت يعلم حال حياته ، فيعتبرون في حكم الورثة إذ لهم نصيب في تركة الميت ، فتجب لهم النفقة (أنظر ما قبل في لجنة مجلس الشيوخ في هذه المسألة آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ - وانظر في أصحاب الوصية الواجبة مايل فقرة ٧٩) .

(٢) أنظر آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ - وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، يصدر قاضي الأمور الوقتية أمراً على عريضة : أولاً - بتقدير نفقة وقتية لمن كان المورث يعلم حتى تنهى التصفية ، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن وبعد أخذ رأى المصنى كتابة . ثانياً . . . (م ٩٥٠ مرافعات) . ويجوز لقاضي الأمور الوقتية عند الاقتضاء أن يحيل الطلب إلى المحكمة ويأمر بإعلان ذوى الشأن بجلسة يحددها في ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، وتفصل المحكمة في الطلب منقذة بهينة مشورة .

في الإرث ، نظر قاضي الأمور الوقتية هذه المنازعات وبت فيها نهائيا .
ومتى قدرت النفقة على هذا النحو ، فإنها تخصم مما يستولى عليه كل وارث
قدرت له النفقة من نصيبه في الإرث .

٥٢ - إدارة الشركة ومسؤولية المصنف عن الإدارة - نص قانوني :

تنص المادة ٨٨٥ مدني على ما يأتي :

« ١ - على المصنف في أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال الشركة من
الوسائل التحفظية ، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة . وعليه أيضا أن
ينوب عن الشركة في الدعاوى ، وأن يستوفي ما لها من ديون قد حلت » .

« ٢ - ويكون المصنف ، ولو لم يكن مأجورا ، مسئولاً مسئولية الوكيل
المأجور ، وللقاضي أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية » (١)
ويعرض النص هنا لما يلي الإجراءات الأولية التي سبق بيانها ، من أعمال
إدارة الشركة . ذلك أن المصنف ، في أثناء تصفيته للشركة بل وقبل أن
يبدأ التصفية ، يجد تحت يده أموال الشركة ، وهذه في حاجة إلى الإدارة
إلى أن تتم التصفية وتسلم الأموال للورثة . فيتعين عليه أن يقوم بهذه
الإدارة .

وأول ما يعرض له من ذلك هو ما يجب اتخاذه من الوسائل التحفظية .
فإذا كان للشركة دين في ذمة الغير مثلا وكان مضمونا برهن رسمي ولم يكن
الرهن قد قيد ، وجب على المصنف أن يقيد الرهن ، وإذا كان الرهن

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٧ من المشروع التمهيدى على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٦ في
المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٨٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٩ - ص ٢٣١) .

ولا مقابل لنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٨٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

قد قيد وحن ميعاد تجديده وجب عليه أن يجدد القيد . وإذا كان للتركة مال تحت يد الغير وقد وضع الغير يده على المال كمالك وقد سرت مدة التقادم المكسب ، وجب على المصنى أن يقطع التقادم أولا ، ثم يطالب باستحقاق المال . وإذا كان للتركة دين في ذمة الغير وليس للمدين مال ظاهر ولكن له دين في ذمة شخص ثالث ، كان على المصنى أن يوقع حجزا ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المدين . وإذا كان للتركة أجرة متأخرة في ذمة مستأجر ، كان على المصنى أن يوقع حجزا تحفظيا على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة . وهكذا يكون على المصنى أن يقوم بجميع الإجراءات التحفظية الواجب اتخاذها ، للمحافظة على أموال التركة من الضياع .

ثم تأتي بعد ذلك أعمال الإدارة المألوفة ، كأن يقبض غلة أموال التركة وأن يجنى محصول الأرض وأن يبيع المحصول وأن يؤجر أعيان التركة لمدة قصيرة وأن يجدد الإيجار إذا اقتضى الأمر ذلك ، فهذه كلها تدخل في أعمال الإدارة المألوفة ، ويجب على المصنى أن يقوم بها قبل تصفيته للتركة وفي أثناء تصفيته لها . ومن أعمال الإدارة المألوفة أن يقوم المصنى بقبض الديون المستحقة للتركة والتي تكون قد حلت ، وأن ينوب عن التركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها .

ولما كان المصنى في حكم الوكيل عن التركة (أو عن الورثة الذين يملكون التركة) ، فإن مسؤوليته عن الإجراءات التحفظية وأعمال الإدارة المألوفة التي سبق ذكرها هي مسئولية الوكيل . فللمحكمة الابتدائية المختصة أن تطالبه بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية تحددها له ، وعليه أن يوافق المحكمة بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ مهمته (م ٧٠٥ مدني) . وليس له أن يستعمل مال التركة لصالح نفسه ، وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما يتبقى في ذمته من أموال التركة من وقت أن يعذر (م ٧٠٦ مدني) . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٨٥ مدني كما رأينا : « ويكون المصنى ، ولو لم يكن مأجورا ، مسئولاً مسئولية الوكيل المأجور » .

ومستولية الوكيل منصوص عليها في المادة ٧٠٤ ملنى إذ تقول : ١ - إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التى يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . ٢ - فإن كانت بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد . وعلى ذلك يكون المصنى ، سواء كان مأجورا أو غير مأجور بأن كان لم يطلب من المحكمة تقدير أجر له ، ملتزما في القيام بتصفية التركة وفي إنجاز مهمته يبذل عناية الرجل المعتاد ، ولو زادت هذه العناية على العناية التى يبذلها في أعماله الخاصة .

٥٣ - تكليف دائى التركة ومربيها بتقريب ميله عمالهم من

حقوق وما عليهم من ديونه - نص قانونى : تنص المادة ٨٨٦ ملنى على ما يأتى :

١ - على المصنى أن يوجه تكليفا علنيا لدائى التركة ومدينها يدعوهم فيه لأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة .

٢ - ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العملة في المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة ، أو على الباب الرئيسى لمركز البوليس في المدن التى تقع في دائرتها هذه الأعيان ، وفي لوحة المحكمة الجزئية التى يقع في دائرتها آخر موطن للمورث ، وفي صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التتئين الملنى الجديد فيما يتعلق بالفقرة الأولى . أما الفقرة الثانية فكانت في المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « ويجب أن يلصق التكليف على باب آخر محل كان موقعا للمورث أو على باب آخر محل كان مقرا لأعماله ، وعلى الباب الرئيسى لمقر العملة في المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة ، وعلى الباب الرئيسى لديوان كل من المركز والمديرية أو لديوان المحافظة التى تقع في دائرتها هذه الأعيان ، وعلى الرحلات المدة لنشر الإعلانات داخل كل من المحكمة التى يقع بدائرتها آخر موطن للمورث أو آخر مقر لأعماله والمحكمة التى تقع بدائرتها أعيان التركة . ويجب أيضا أن ينشر التكليف في الجريدة الرسمية ، وفي ثلاث من الصحف اليومية الكبرى . ووافقت لجنة المراجعة -

وهنا يمهّد المصنّى لحدود التركة ، بالتخاذ إجراء يستطيع أن يكشف به عن دائي التركة ومدينها . وسنرى أن عنده وسائل أخرى للكشف عن ذلك بما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق للتركة وديون عليها ، وبما تكشف عنه أوراق المورث ومستنداته ، وبما يصل إلى علمه من أى طريق كان . ولكن هذا كله لا يكفي ، فقد لا يعلم دائنو التركة ومدينوها بموت صاحبها ويكونون من الدائنين أو المدينين العاديين فلا تكشف عنهم السجلات العامة ، كما أنه ليس من الضروري أن تكشف عنهم أوراق المورث ومستنداته . ومن أجل هذا وجب أن يوجه إليهم تكليف علني ، بأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق على التركة وما عليهم من ديون للتركة ، في ميعاد معين .

وقد قضى القانون ، كما رأينا ، بأن على المصنّى أن يوجه تكليفا علنيا لدائني التركة ومدينها ، يدعوهم فيه أن يقدموا بيانا عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وذلك في خلال ثلاثة أشهر من آخر مرة ينشر فيها التكليف . ولما كان التكليف ينشر أكثر من مرة كما سنرى ، فيجب أن يحدد المصنّى ميعادا لتقديم البيان المشار إليه يكون أطول من ثلاثة شهور في المرات الأولى من النشر ، بحيث لا يقل هذا الميعاد عن ثلاثة شهور من التاريخ الذي ينشر فيه التكليف آخر مرة .

على النص تحت رقم ٩٥٧ في المشروع النهائي ، بعد بعض تعديلات لفظية . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، عدلت الفقرة الثانية بما يقصر التكليف على النشر في صحيفتين من الصحف اليومية الكبرى ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته بلجته تحت رقم ٩٥٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثانية فأصبحت مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وصار رقم النص ٨٨٦ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٣١ - ٢٣٤) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في استنباطات المذبة العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤٧ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٩٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

وحتى تتوفر للتكليف العلانية الواجبة ، قضى القانون بأن ينشر بطرق ثلاثة (١) : (١) النشر المحلى : بالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى القرى ومدن الأقاليم يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى القرية أو المدينة ، وبالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى المدن الكبرى يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمركز البوليس الذى تتبعه الأعيان . (٢) النشر فى لوحة الإعلانات بالمحكمة : يلصق التكليف فى لوحة المحكمة الحزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث ، ويلاحظ أن المحكمة المختصة بنظر القضية هى المحكمة الابتدائية لا المحكمة الحزئية كما سبق القول . (٣) النشر فى الصحف اليومية : ينشر التكليف فى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار . ولا يوجد ترتيب معين لهذه الطرق الثلاثة ، فقد ينشر التكليف فى الصحيفة اليومية قبل لصقه فى لوحة المحكمة وعلى الباب الرئيسى لمقر العمدة أو لمركز البوليس ، وقد ينعكس هذا الترتيب . والمهم أن تكون المهلة المعطاة فى التكليف لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ آخر مرة ينشر فيها التكليف كما قدمنا .

٥٤ - مجرد هفوف التركة ودبرونها - فصوص قانونية : تنص المادة ٨٨٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ - على المصنى أن يودع قلم كتاب المحكمة ، خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال . وعليه أيضا أن يخطر ، بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم ، كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع » :

« ٢ - ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد ، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك » .

وتنص المادة ٨٨٨ مدنى على ما يأتى :

(١) يراجع ما طرأ على هذه الطرق من تعديلات فى أثناء المراحل التشريعية لنص المادة ٨٨٦ مدنى ، ابتداء بالمشروع التمهيدى ، فلجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ : آنفاً ص ١٥٤ هامش ١ .

١١ - للمصنئ أن يستعين في الجرد وفي تقدير قيمة أموال التركة بخبير أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة .

٢ - ويجب على المصنئ أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان ، وعلى الورثة أن يبلغوا المصنئ عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها .

وتنص المادة ٨٨٩ مدني على ما يأتي :

« يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شيء من مال التركة ، ولو كان وارثا » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٨٧ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
 ١٤ - على المصنئ أن يقدم للقاضى ، في ظرف أربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين ما للتركة وما عليها ، وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال . ويجب أيضاً أن تعلن هذه القائمة في الميعاد المتقدم إلى كل ذى شأن . ٢ - ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد ، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك . وفى لجنة المراجعة عدل النص بما يلزم المصنئ بإيداع القائمة قلم كتاب المحكمة بدلا من تقديمها للقاضى وبإخطار كل ذى شأن بحصول الإيداع بموجب خطاب مسجل ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٥ - ص ٢٣٦) .

م ٨٨٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الجزء الأخير من الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى كان يجرى على الوجه الآتى : « وعلى من تكون لديه معلومات من حالة المورث المالية أن يتقدم بها للمصنئ على أن يكون مشئولا عنها ، ويجب على الورثة بوجه خاص أن يبلغوا المصنئ عما يسمونه من ديون على التركة » . ووافقت لجنة المراجعة على نص تحت رقم ٩٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٧ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وعلى من تكون لديه معلومات عن حالة المورث المالية أن يتقدم بها إلى المصنئ على أن يكون مشئولا عنها » ، واستمض عنها بعبارة « وما يفضل إلى علمه عنها من أى طريق كان » ، وذلك « لأن التكليف بإبلاغ المصنئ معلومات من حالة المورث لم ينقرر له جزاء ، ولهذا أثيرت اللجنة أن تجعل العبارة عامة تنصرف إلى كل ما يصل إلى علم المصنئ سواء من طريق سعى -

وتعرض هذه النصوص لجرد المصنفى للتركة وحصر مالها من حقوق وما عليها من ديون وإيداع قائمة بهذا الجرد قام كتاب المحكمة ، وهذا هو جانب من جوانب المهمة الرئيسية للمصنفى .

فعليه أولاً أن يجرد التركة . وحتى يخصص ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون يستطيع أن يلجأ إلى الوسائل الآتية : (١) يرجع إلى أوراق المورث ودفاتره ومذكراته ومستنداته . ويستخلص مايجد فيها من ذكر لحقوق المورث أو ديونه معتمداً على ما عسى أن يؤيد ذلك من مستندات يجدها عند المورث . (٢) ويرجع إلى السجلات العامة ، وبخاصة إلى مكاتب الشهر وتكاليف الأطيان ، ليكشف عن التسجيلات والقيود التى تنقل عقارات التركة فيعرف ما على التركة من ديون مكنولة بتأمينات عينية ، وليكشف من تكاليف الأطيان عما فى تكليف المورث من أراض زراعية . (٣) ويرجع إلى الورثة والموصى لهم ليستعلم منهم عما يعرفون من حقوق للتركة أو ديون عليها ، ويستوثق مما يقولون فى ذلك بالمستندات والأوراق الأخرى إذا أمكن . (٤) وقد رأينا أن من الأعمال التى يبادر المصنفى إلى القيام بها

« ذرى الشأن للإدلاء إليه بمعلومات أو عن طريق سمعه » فى تسجيلها . وأضافت اللجنة إلى الشق الأخير من الفقرة الثانية عبارة « أو حقوق لها » لأن التصفية تستلزم الوقوف على الديون والحقوق دون تفرقة . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٧ - ص ٢٣٩) .

م ٨٨٩ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠) .

ولا مقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل و تقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٨ - ٨٥٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٩١ - ٨٩٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية البنائى لا مقابل .

أن يشهر حق الإرث في مكاتب الشهر العقاري التي تقع في دائرتها عقارات
التركة ، ويؤدي ذلك إلى أن كثيراً من دائني التركة العاديين
يؤشرون بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث ، فيعرف من هذه
التأشيرات كثيراً من الديون العادية التي على التركة . (٥) ورأينا أيضاً
أن المصنف يعلن تكليفاً لدائني التركة ومدبنيها بدعوتهم فيه إلى تقديم بيان
بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون . وبذلك يستطيع الوقوف على
كثير مما للتركة وما عليها . (٦) وللمصنف أخيراً أن يلجأ إلى أية وسيلة
أخرى يجدها في استطاعته للكشف عما للتركة وما عليها ، كأن يستعلم
عن ذلك من المصارف والشركات ومن دائني التركة ومدبنيها الظاهرين
ومن شركاء المورث في الأعمال التي كان يقوم بها ومن مستخدمي الخاصين
الذين كانوا على اتصال بأعماله ومن غير أولئك وهؤلاء ممن يستطيعون أن
يقدموا له معلومات في هذا الشأن : سواء تقدم إليهم في ذلك أو تقدموا هم
من تلقاء أنفسهم بهذه المعلومات .

فإذا ما حصر المصنف ما للتركة من نقود وأوراق مالية ومفروشات
وأثاث وحلي ومجوهرات وحقوق معنوية (كحق المؤلف وحق المخترع)
ومنفولات أخرى وما تشتمل عليه من أرض ومبان : وجب عايه أن يقدر
قيمة هذه الأموال ، وله أن يستعين في هذا التقدير بخبير أو بمن يكون له
دراية خاصة في تقديم بعض هذه الأموال كالحلى والمجوهرات والحقوق
المعنوية .

وبلاحظ أن القانون حرم الاستيلاء على شيء من أموال التركة ،
فن كان تحت يده شيء من هذه الأموال . حتى لو كان دائناً أو موصياً له
أو وارثاً . يجب عليه أن يسلمه للمصنف . وقد نصت المادة ٨٨٩ مدني
كما رأينا على أن « يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من
مال التركة ولو كان وارثاً » . فإذا أخفى الذين كانوا يقيمون مع الميت
شيئاً من ماله غشاً بنية الاستيلاء عليه وتملكه : اعتبروا في حكم المبددين
وعوقبوا بعقوبة التبديد . حتى لو كان من فعل ذلك زوجة الميت أو أولاده
إذا أخفوا مثلاً شيئاً من نقود الميت أو أوراقه المالية أو ما يملك من حلى

ومجوهرات . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد :
 « وقد نصت المادة . . . من المشروع على عقوبة جنائية هى عقوبة التبديد ،
 توقع على كل من استولى غشاً على مال التركة حتى لو كان وارثاً . فمن
 كان فى يده مال للتركة ولم يبلغ عنه بنية تملكه ، وقعت عليه عقوبة التبديد
 حتى لو كان وارثاً ، وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى
 عليه . وهذا لا يخل بتوقيع عقوبات أخرى أشد من عقوبة التبديد ، كعقوبة
 السرقة ، إذا كان هناك محل لذلك . أما مجرد الإهمال فى التبليغ عن أموال
 التركة أو تعمد عدم التبليغ ، مادام غير مصحوب بالاستيلاء على مال
 التركة ، فلا يدخل فى حكم المادة . . . » (١) .

ويعد المصنى ، بعد جرد التركة على النحو الذى بسطناه ، قائمة
 تبين ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون ، وتشتمل على تقدير قيمة
 هذه الأموال . وهذه القائمة تبين حالة التركة مبدئياً ، هل هى موسرة
 أو معسرة ، وما مقدار حقوقها وديونها ، ولانتبين حالة التركة نهائياً
 إلا بعد تصفية المنازعات فى القائمة على ما سيجىء .

وقد أوجب القانون على المصنى أن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة
 الابتدائية المختصة بنظر التصفية ، وضرب له ميعاداً لذلك أربعة أشهر من
 يوم تعيينه . ويغلب أن يضيق هذا الميعاد بما يستغرقه إعداد القائمة من وقت ،
 ويكفى أن نذكر بياناً لذلك أن شهر حق الإرث فى مكاتب الشهر
 المختلفة يستغرق وقتاً غير قليل ، ويكون بعد ذلك لدائى التركة العاديين
 أن يوشروا بحقوقهم فى خلال سنة كاملة من وقت تسجيل حق الإرث ، فلا
 يستطيع المصنى أن يخصى دائى التركة العاديين ولوعلى وجه تقريبي إلا بعد
 انقضاء سنة من شهر حق الإرث ، أى بعد انقضاء أكثر من سنة من وقت
 تعيينه . وإذا هو لم يعتمد على شهر حق الإرث وتأشير الدائنين بحقوقهم ،
 واكتفى بالتكليف الذى يدعو فيه دائى التركة ومدينها أن يتقدموا ببيان
 ما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، فإن القانون أعطى مهلة للتقدم بهذا

البيان ثلاثة أشهر من وقت نشر هذا التكليف آخر مرة . فلا يكون أمام المصنئ لإعداد القائمة متضمنة تقديراً لقيمة أموال التركة ، وإيداعها قلم كتاب المحكمة ، وإخطار كل ذي شأن بحصول هذا الإيداع . - كما تقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي - « إلا شهر واحد من وقت ورود آخر بيان . بفرض أنه تمكن من توجيه التكليف المشار إليه لدائني التركة ومدينها . وتمكن كذلك من نشره . في أول يوم عين فيه » (١) لذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٨٨٧ مدني ، كما رأينا ، بأنه يجوز للمصنئ أن يطلب إلى المحكمة مد ميعاد الأربعة الأشهر إلى مدة كافية لإعداد القائمة وإيداعها والإخطار بها على الوجه السالف الذكر . وذلك إذا وجدت ظروف تبرر ذلك . وكثيراً ما توجد هذه الظروف (٢) .

ومنى أعد المصنئ قائمة الجرد . وجب عليه إيداعها قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية . ووجب عليه كذلك إخطار كل ذي شأن ، من وارث وموصى له ودائن للتركة ومدين لها ، بكتاب موصى عليه ، بحصول هذا الإيداع . حتى يطلع هؤلاء إذا شاءوا على القائمة في قلم كتاب المحكمة . والتقدم بما عسى أن يكون لهم من اعتراضات عليها إلى المحكمة لتفحص منازعاتهم وتتصرف فيها على الوجه الذي سنبينه فيما يلي . ويجب أن يكون إيداع القائمة وإخطار ذوي الشأن ، كما قدمنا ، في ميعاد الأربعة الأشهر أو في الميعاد الذي حددته المحكمة أزيد من ذلك كما يقع غالباً .

٥٥ - الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرد - نص قانوني :

تنص المادة ٨٩٠ مدني على ما يأتي :

« ١ - كل منازعة في صحة الجرد ، وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها ، ترفع بعريضة للمحكمة ، بناء على طلب كل ذي شأن . خلال الثلاثين يوماً التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣ .

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، يصدر قاضي الأمور الوقية أمراً على عريضة « بعد انقضاء أجل قانوناً لتقديم بيان بمال التركة وما عليها من الحقوق إذا وجدت ظروف تبرر ذلك ، والتصريح بإدائه الديون التي لا نزاع فيها » (م ٩٥٠ ثالثاً مراعاتاً) .

« ٢ - وتجري المحكمة تحقيقاً ، فإذا رأت الشكوى جديدة أصدرت أمراً بقبولها . ويصح التظلم من هذا الأمر وفقاً لأحكام قانون المرافعات » .
 « ٣ - وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء . عينت المحكمة أجلاً يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة ، وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال (١) » .

وبعرض هذا النص لإجراءات الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرّد . فإذا أودع المصنّي قائمة الجرّد قلم كتاب المحكمة وأخطر ذوى الشأن بإيداعها على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، تمكن هؤلاء من الإطلاع عليها

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٣٢٢ - ١٣٢٣ من المشروع التمهيدى . وكانت المادة ١٣٢٢ تنفق مع ما استقرت عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يجعل المهلة في رفع المنازعة في حق الجرّد خمسة عشر يوماً من يوم إعلان قائمة الجرّد . وكانت المادة ١٣٢٣ تجرى على الوجه الآتى : « لا تقبل المعارضة في الأحكام الصادرة في تلك المنازعات ، وميعاد استئناف هذه الأحكام خمسة عشر يوماً إن كان الاستئناف جائزاً » . ووافقت لجنة المراجعة على المادتين بعد إدماجهما في مادة واحدة تحت رقم ٩٦١ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على هذا النص تحت رقم ٩٥٩ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الأخيرة التى تتضمن حكماً خاصاً بالمعارضة والاستئناف في المنازعات في « صحة الجرّد » ، « لأن مشروع قانون المرافعات تكفل به » ، وجعلت المهلة في رفع المنازعة في « صحة الجرّد ثلاثين يوماً بدلاً من خمسة عشر يوماً » ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٩٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٠ - ص ٢٤٦) . ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٥١ : كل منازعة في « صحة الجرّد » وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها ، ترفع بعريضة أمام المحكمة ذات الاختصاص بحسب القواعد العامة خلال ثلاثين يوماً من إيداع قائمة الجرّد . (والتقنين السورى لا ينص على التحقيق المبدئى الذى تجرى محكمة تصفية تركة نشبت من جدية المنازعة . ويبدو أنه يجعل ذوى الشأن يرفعون منازعتهم مباشرة إلى المحكمة المختصة بنظر هذه المنازعات ، ولكنه ينص مع ذلك على أن ترفع المنازعات بعريضة وهذا يخالف للقواعد العامة) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٩٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

في قلم كتاب المحكمة . ولأى منهم أن ينازع فيها . فالوارث أو الموصى له قد ينازع في أن القائمة قد أغفلت أعياناً أو حقوقاً للتركة (١) ، أو أنها أثبتت ديوناً على التركة ليست صحيحة . ودائن التركة قد ينازع في أن له مبلغاً أكبر من المبلغ الذي أدرج في القائمة ، ومدين التركة قد ينازع في أن دينه أقل مما أدرج . وهكذا . أما دائنو التركة العاديون الذين لم يدرجوا في القائمة لعدم ظهورهم . فهؤلاء يظلون غير معروفين فلا يمكن إخطارهم بإيداع القائمة ولا يتمكنون من المنازعة . وقد عالج القانون أمرهم في المادة ٨٩٧ مدني كما سيجي .

والمنازعة في قائمة الجرد ترفع بعريضة إلى المحكمة الابتدائية التي تنظر تصفية التركة ، ويرفعها صاحبها في خلال الثلاثين يوماً التالية لإخطار المصني له بإيداع قائمة الجرد في قلم كتاب المحكمة . وتفحص المحكمة المنازعة فحصاً مبدئياً . فإذا رأت أنها غير جدية أمرت برفضها . وإلا أصدرت أمراً بقبولها . ويصح التظلم من الأمر الذي تصدره المحكمة ، وفقاً لأحكام قانون المرافعات . وتقضي المادة ٣٧٥ مرافعات بأن الخصم الذي صدر عليه الأمر الحق في التظلم منه لنفس المحكمة التي أصدرت الأمر ، مع تكليف خصمه الحضور أمامها ، وتقضي المحكمة في التظلم على وجه السرعة (٢) بتأييد الأمر أو إلغائه .

(١) وفي إحدى القضايا كان المصني أحد الورثة ، فطن الورثان الآخران بأنه أغفل الكثير من أعيان التركة ولم يدرجها في القائمة ، فقبل هذا الطعن وأمرت المحكمة بتعديل القائمة على هذا الأساس . ولما طعن في هذا الحكم بالنقض ، قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بتعديل قائمة الجرد ينفذ في حق المصني الذي أقاته محكمة الاستئناف كما كان نافذاً في حق سلفه ، دون حاجة إلى النص على ذلك في منطوق الحكم الاستئنافي . (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

(٢) وقد ألغى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات التفرقة بين الدعاوى التي تنظر على وجه السرعة وبين دعاوى الاستئناف . والى هذا التغيير في التفرقة ، وذلك بإلغاء جميع الآثار القانونية المترتبة على هذه التفرقة . فقد كانت الدعاوى التي تنظر على وجه السرعة لا تعرض على قاضي التحفيز ، ولا تجوز المعارضة في الحكم النهائي الصادر فيها ، وميعاد الاستئناف عشرة أيام أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم . وأكثر هذه النزاعات أصبحت شاملة لجميع الدعاوى ، فلم يصبح لمباراة « على وجه السرعة » مدلول أكثر من استدعاء نظر المحكمة إلى سرعة الفصل في الدعوى .

فإذا ما صدر أمر نهائي في شأن المنازعة . فإن كان هذا الأمر قد صدر برفضها ، لم يبق أمام صاحب المنازعة إلا الطريق العادي للتقاضي . وإذا صدر الأمر النهائي بقبول المنازعة لأنها جدية . ولم تكن المنازعة قد سبق رفعها إلى القضاء ، عينت المحكمة التي أصدرت الأمر أجلاً يرفع فيه صاحب المنازعة دعواه أمام المحكمة المختصة (١) . وقد تكون المحكمة المختصة هي نفس المحكمة التي أصدرت الأمر ، وفي هذه الحالة ترفع الدعوى أمامها بالأوضاع العادية للتقاضي . وفي جميع الأحوال تقضى المحكمة المختصة في المنازعة على وجه الاستعجال . ولا تجوز المعارضة في الحكم الذي تصدره تطبيقاً للمادة ٣٨٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وتقضى بعدم جواز المعارضة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون . ولما كانت المادة ١١٨ مرافعات (المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) تقضى بأن تسرى على الدعاوى التي يوجب قانون المرافعات أو غيره من القوانين الفصل فيها على وجه السرعة القواعد العامة في رفع الدعاوى ونظرها وإجراءات الطعن في الحكم الصادر فيها ومواعيده : لذلك تسرى في ميعاد الاستئناف المادة ٢/٤٠٢ مرافعات (المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) وهي تقضى بأن يكون هذا الميعاد ستين يوماً من يوم صدور الحكم ، وذلك إذا كان الاستئناف جائزاً .

§ ٣ — المرحلة الثالثة — تسوية ديون الشركة

٥٦ — المسائل التي تنضم إليها هذه المرحلة : تتضمن هذه المرحلة

المسائل الآتية : (١) متى توفي ديون الشركة ومن أين توفي (م ٨٩١ —

(١) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، تنص المادة ٩٥٢ مرافعات على أن « ترفع المنازعة في حصة الجرد التي أجبر المصلي لأموال الشركة من أحد ذوي الشأن إلى قاضي الأمور المستعجلة في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار بإيداع القائمة ، ويأمر القاضي بتعديل القائمة مؤقتاً إذا رجع صحة المنازعة . ويحدد أجلاً يرفع خلاله من يرى تكليفه من الطرفين دعواه إلى المحكمة المختصة ، فإذا انقضى هذا الأجل ولم ترفع الدعوى ، جاز للقاضي أن يأمر بعدم الاعتداد بها في التصفية . ويجوز رفع المنازعة من النيابة العامة إذا تعلق بالتركة حق لقاصر أو عديم أهلية أو غائب » .

٨٩٣ مدنى) . (٢) تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة (م ٨٩٤ مدنى) . (٣) استبقاء أجل الديون وتوزيعها على الورثة (م ٨٩٥ - ٨٩٦ مدنى) . (٤) وفاء الديون التى لم تظهر فى قائمة الجرد (م ٨٩٧ مدنى) . (٥) تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف (م ٨٩٨ مدنى) .

٥٧ - متى توفى ديون الشركة ومن أين توفى - نصوص قانونية :
تنص المادة ٨٩١ مدنى على ما يأتى :

« بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد . يقوم المصنف بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون الشركة التى لم يتم فى شأنها نزاع . أما الديون التى توزع فيها . فتسوى بعد الفصل فى النزاع نهائياً » .

وتنص المادة ٨٩٢ مدنى على ما يأتى :

« على المصنف ، فى حالة إعسار الشركة أو فى حالة احتمال إعسارها ، أن يقف تسوية أى دين ، ولولم يتم فى شأنه نزاع ، حتى يفصل نهائياً فى جميع المنازعات المتعلقة بديون الشركة » .

وتنص المادة ٨٩٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ - يقوم المصنف بوفاء ديون الشركة مما يحصله من حقوقها ، ومما تشمل عليه من نقود ، ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ، ومن ثمن مافى الشركة من منقول . فإن لم يكن كل ذلك كافياً ، فمن ثمن مافى الشركة من عقار » .

« ٢ - وتباع منقولات الشركة وعقاراتها بنزاد العائى وفقاً للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية ، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة . فإذا كانت الشركة معسرة ، لزممت أيضاً موافقة جميع الدائنين . وللورثة فى جميع الأحوال الحق فى أن يدخلوا فى المزاد » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٩١ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق =

وتعرض هذه النصوص للوقت الذي يوفى فيه المصنى ديون التركة ،
ولأموال التركة التي توفى منها هذه الديون . وقد رأينا أن المصنى قد أعد
قائمة جرد التركة وأودعها قلم كتاب المحكمة وأخطر كل ذي شأن بهذا
الإيداع ، فافتتح بهذا الإخطار باب تقديم المنازعات في الجرد . ورأينا
أن القانون ضرب ميعاداً للتقدم بهذه المنازعات . ثلاثين يوماً من وقت
الإخطار . فعلى المصنى أن يتربص حتى انقضاء هذا الميعاد ، وفي نهاية
الثلاثين يوماً يستطيع أن يقف على المنازعات التي تقدمت في صحة قائمة
الجرد . فإذا كانت هناك حقوق أو أموال للتركة أغفل إدراجها في القائمة
وعلم بها عن طريق تقديم وارث أو دائن أو أى ذي شأن آخر بمنازعة في
شأنها ، بحث الأمر وسعى في الحصول على ما نقص التركة من مال ولو كان

علما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض خلافات لفظية . ووافقت لجنة المراجعة
على النص تحت رقم ٩٦٢ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٠
بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩١ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٦ ص ٢٤٧ - ٢٤٨) .

م ٨٩٢ : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٣ في المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٢ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٨ - ٢٤٩) .

م ٨٩٣ : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٤ في المشروع
النهائى . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استفسر في صدد الفقرة الثانية عن المقصود
بعبارة « إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى » ، فأجيب « بأن الورثة
قد يتفقون على إدخال تعديل في الأوضاع والمواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية » ،
ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٦٢ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٣
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٠ - ٢٥٢) .

ولا مقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق .

وتنص في نشتينات المدنية العربية .

التقنين المدنى السورى م ٨٥٢ - ٨٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبي م ٨٩٥ - ٨٩٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ذلك عن طريق التقاضى ، وقد رأينا أنه بنوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها (م ١/٨٨٥ مدنى) . وإذا كانت هناك منازعات فى ديون التركة التى أدرجها فى القائمة ، فإنه يقف على هذه المنازعات ويعرف ديون التركة التى ليس فيها نزاع وتلك التى توزع فيها .

وسواء كانت ديون التركة خالية من النزاع أو كان متنازعا فيها . فإنه يستطيع أن يعرف من قائمة الجرد التى أعدها حالة التركة ، وهل هى موسرة أو معسرة . وفى تقديره لإعسار التركة يكتفى أن يقوم احتمال لأن تكون معسرة ، فيفرض لذلك أن الديون المتنازع فيها ديون صحيحة حتى يكون فى الجانب المأمون .

فإذا رأى أن التركة معسرة . أو أن هناك احتمالا لأن تكون معسرة على النحو الذى قدمناه ، فعليه أن يقف وفاء أى دين ولولم يقم فى شأنه نزاع . ذلك لأنه إذا تبين نهائياً أن التركة معسرة . فإن دائن التركة لا يستطيع الحصول على كل حقه ولا بد أن يكتفى بحصة منه . والمصنف لا يستطيع أن يعرف مقدماً مقدار هذه الحصة . فلا بد إذن من أن ينتظر حتى يفصل نهائياً فى الديون التى رفعت فى شأنها منازعات ، وعند ذلك يستطيع أن يثبت من مقدار جميع الديون التى على التركة فى صورتها النهائية . وفى ذلك الوقت فقط يوفى ديون التركة . فيوزع أموال التركة على دائئها . ولما كانت التركة معسرة فإن دائئى التركة يتحاصون أموالها . ويأخذ كل كل منهم حصة بنسبة الدين الذى له .

أما إذا رأى المصنف أن التركة موسرة حتى مع حساب الديون المتنازع فيها ، فإنه لا يقوم حينذاك مانع من الوفاء بالديون التى لم يقم فى شأنها نزاع . وعلى المصنف أن يوفى هذه الديون من أموال التركة على النحو الذى بينه ، ويوفىها بعد انقضاء الثلاثين يوماً المحددة لرفع المنازعات المتعلقة بنسبة الجرد ، وبعد أن يستأذن فى الوفاء بها المحكمة الابتدائية التى تنظر شؤون التصفية . أما الديون المتنازع فيها ، فلا يوفىها إلا عند الفصل فى النزاع القائم فى شأنها نهائياً ، ولما كانت التركة موسرة فإنها تتسع لوفاء كل هذه الديون .

وهو يوفى ديون التركة ، على النحو الذى قدمناه ، من أموال التركة .
ويبدأ من هذه الأموال بما يقتضيه من حقوق لها فى ذمة مدينها وبما تشتمل
عليه التركة من نقود ، فهذه كلها مبالغ حاضرة يستطيع أن يوفى منها
ديون التركة فوراً (١) .

فإذا لم تكف هذه المبالغ للوفاء بالديون ، شرع فى بيع أموال التركة
الأخرى ، الأيسر فالأيسر . فيبدأ ببيع الأوراق المالية من أسهم وسندات
إذا وجدت ويبيعها بسعر السوق فى يوم البيع فإن للأوراق المالية أسعاراً يومية
معينة فى البورصة . فإذا كان ثمن الأوراق المالية لا يزال غير كاف للوفاء
بالديون ، فإنه يبيع منتولات التركة ، ثم يبيع عقاراتها : وهذه وتلك بالقدر
الكافى لوفاء الديون .

وتباع منتولات التركة (غير الأوراق المالية) وعقاراتها بالمزاد العلنى
طبقاً للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات للبيع التجريبية وفى المواعيد
التي حددها هذا التقنين . ومع ذلك يجوز ، باتفاق جميع الورثة ، وباتفاق
دائى التركة (أو الموصى لهم) أيضاً إذا كانت التركة معسرة ، إدخال
تعديل فى هذه الإجراءات أو فى هذه المواعيد . فتحذف مثلاً بعض
الإجراءات أو تضاف إجراءات أخرى ، أو يتفق على تقصير بعض المواعيد
أو على إطالتها (٢) . فإذا بيع المنقول أو العقار بالمزاد العلنى ، جاز للورثة

(١) وهناك رأى يذهب إلى أن يدخل فى هذه المبالغ أيضاً ريع أموال التركة ونماؤها ،
فيوفى المصنف منها ديون التركة والوصايا والتكاليف . وهذا يتفق مع رأى الكثيرين من المحابلة ،
فهم يحملون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويحملون الديون مع ذلك متعلقة بنائها
لتعلقها بأصل النماء (الوسيط) فقرة ١٩٤ ص ٣٥٢ هامش ١ - وقارن آنفاً ص ٩٩ هامش ١) .

(٢) مثل ذلك مانعت عليه المادة ٥٢٤ مرافعات من أنه « يجب ، قبل بيع مصوغات أو سبائك
من الذهب أو الفضة أو من أى معدن نفيس آخر وبيع المجوهرات والأحجار الكريمة إذا زادت
القيمة المقدرة لها على مائة وخمسين جنيهاً ، أن يحصل النشر فى الصحف ثلاث مرات فى
أيام عشيرة قبل يوم البيع » . . . فيجوز الاتفاق على أن يكون البيع فى أكثر من ثلاث صحف
أو أقل ، أو أن يكون النشر فى صحف معينة بالذات . ومثل ذلك أيضاً مانعت عليه المادة
٦٥٣ مرافعات فى البيع التجبرى للمقار من أن « يملن قلم الكتاب عن البيع قبل اليوم المحدد
لإجرائه بمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً ولا تقل عن خمسة عشر . . . » . فيجوز الاتفاق على
أن يكون الإعلان عن بيع المقار قبل اليوم المحدد لإجرائه بمدة تزيد على ثلاثين يوماً ، أو تقل
عن خمسة عشر يوماً .

بالرغم من أنهم يعتبرون مالكيين لأموال التركية ، وجاز من باب أول لدائني التركية وللموصى لهم ، أن يدخلوا في المزايا . ويجوز أيضاً ، باتفاق جميع الورثة ، مع اتفاق دائني التركية والموصى لهم في حالة إعسار التركية ، أن يبيع المنقول والعقار لافى المزايا العلني بل ممارسة ، سواء كان البيع لأجنبي أو لوارث أولدائني أو لموصى له (١) .

٥٨- -تعجيل الوفاء بالرهون المرهنة- -نص قانوني : نص المادة ٨٩٤

مدني على ما يأتي :

« للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة ، أن تحكم بحلول الدين المؤجل ، وبتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن مراعية في ذلك حكم المادة ٥٤٤ (٢) .

= وانظر ما وقع في هذا الشأن من استفسار في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب آنف من ١٥١ هامش ١ .

(١) ونفرض في كل هذا أن الحق الذي لدائني التركية يمكن تنفيذه عيناً من أموال التركية نفسها ، كما هو الأمر لو كان حق الدائن هو مبلغ من النقود . أما إذا كان حق الدائن لا يمكن تنفيذه عيناً من أموال التركية ، كما لو كان المورث مديناً بعمل لهائه ، فإن حق الدائن في هذه الحالة لا يمكن تفويضه مباشرة من أموال التركية ، ومن ثم يجب تحويله إلى تعويض . فيصبح مبلغاً من النقود يمكن التنفيذ به على أموال التركية (إسماعيل غانم ص ١٦١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يصرح في الشرط الأخير من النص بأن المبلغ الذي يستحقه الدائن يراعى فيه « تعويضه عما يفوته من ربح بسبب الوفاء الممجل ، على ألا يتجاوز هذا التعويض قيمة الفائدة عن ستة أشهر ما لم يكن هناك اتفاق سابق » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اكتفى بالإشارة إلى حكم المادة ٥٤٤ مدني بدلاً من ذكر مضمون هذا الحكم ، ولذلك حذف الشرط الأخير من النص ، وصار رقم النص ٨٩٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٢ - ص ٢٥٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويشعر في التغيرات : بة العربية المحدث :

التقنين المدني السوري م ٨٥٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ويعرض هذا النص لديون التركة المؤجلة . فهذه لا تحل آجالها بموت المدين ، بل يبقى الدين مؤجلاً بعد موته . ولا يجوز لدائن التركة ذى الدين المؤجل أن يطالب المصنى بالدين إلا عند حلول الأجل . وقد لا يحل الأجل إلا بعد وقت طويل . ويكون من مصلحة الورثة تعجيل الدين المؤجل ودفعه قبل حلول الأجل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فقد يكون من مصلحة الورثة جميعاً الحكم بحلول الديون المؤجلة ، فإذا انعقد إجماعهم على ذلك . طلبوا من القاضى أن يحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن » (١) . وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن الذى عجل دينه يجرى بالتطبيق للمادة ٥٤٤ مدنى . وتنص على أنه « إذا اتفق على الفوائد . كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه . على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان . ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض فى الرد أو الحد منه » . ويخلص من هذا النص أن الدين المؤجل ، الذى اتفق فيه على فوائد ويراد التعجيل بالوفاء به ، يجب أن يكون قد انقضى من أجله ستة أشهر على الأقل ولو كان ذلك قبل موت المورث . فيعلن المصنى الدائن بعد انقضاء هذه المدة . بناء على طلب جميع الورثة ، بتعجيل الوفاء . وعند ذلك تقضى المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية بحلول الدين المؤجل . وبوفاء الدين فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ إعلان الدائن بتعجيل الوفاء ، على أن تؤدى له الفوائد المستحقة عن ستة أشهر أخرى تالية لهذا الإعلان وعلى ذلك يتقاضى الدائن فوائد سنة على الأقل : ستة أشهر انقضت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ - وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، يصدر قاضى الأمور الوقية أمراً على عريضة « بحلول الديون التى يجمع الورثة على حلها ، وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقاً للقانون ، وذلك بناء على طلب المصنى أو أحد الورثة » (م ٩٥٠ ثالثاً مرافعات) .

قبل إعلانه بالتعجيل ، وستة أشهر أخرى تالية لإعلانه بالتعجيل (١) .
أما إذا كان الدين المؤجل لأقواته له ، فالتعجيل لا يضر الدائن في
شيء بل يفيد ، فلا يقلد له تعويض ، ولكن لا يخص منه شيء في نظير
التعجيل (٢) .

٥٩ - استقالة أهل الميراث وتوزيعها على الورثة - نص قانوني .
تنص المادة ٨٩٥ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل . تولت
المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة . بحيث يختص كل
وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لضاف
حصته في الإرث » .

« ٢ - وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على
عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين .
فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة تأمين تكليي يقدمه الورثة من مالهم
الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتب المحكمة التأمين على أموال
التركة جميعها » .

« ٣ - وفي جميع الأحوال ، إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد
سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة في شهر
حق الاختصاص » .

وتنص المادة ٨٩٦ مدني على ما يأتي :

« يجوز لكل وارث ، بعد توزيع الديون المؤجلة . أن يدفع القدر الذي
اختص به قبل أن يحل الأجل طبقاً للمادة ٨٩٤ » . (٣)

(١) الوسيط ٥ فقرة ٣١٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ .

(٣) تاريخ النصوص :

م ٨٩٥ : ورد في هذا النص في المادة ١٣٢٨ من مشروع التمهيد على وجه ينمق

في مجموعه مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وعدل النص في لجنة المراجعة بما جمعه

مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٩٦٦ في المشروع النهائي . ووافق

عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٥ (مجموعة الأعمال

التحضيرية ٦ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٧) .

وتفترض هذه النصوص أن الورثة لم يجمعوا على تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة ، وآثروا أو آثر بعضهم أن تبقى مؤجلة للاستفادة من الأجل . عند ذلك تتولى المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية توزيع ديون التركة المؤجلة (١) على الورثة وكذلك توزيع أموال التركة ، بحيث يكون لكل وارث حصة من الأموال وحصة من الديون إذا استترلت الثانية من الأولى كان الباقي معادلاً لصافي حصته في الإرث . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وهذه عملية حسابية دقيقة ، قد يستعين القاضى فيها بخبير . وتبقى مشكلة أخرى هي أن الديون المؤجلة بتوزيعها على الورثة قد تجزأ ضمانها ، فقد كانت كل التركة ضامنة لأى دين منها ، فأصبح الدين بعد أن اختص به وارث معين لا يضمه إلا جزء من التركة هو الجزء الذى وقع فى نصيب هذا الوارث . وهذه نتيجة يجب التسليم بها لأنها تترتب على تجزئة الدين . ولما كان المفروض أن التركة مومرة ، لأن التركة المعسرة يحل فيها الديون المؤجلة وتوزع كلها على الدائنين ، فالمفروض تبعاً لذلك أن جزء التركة الذى وقع فى نصيب الوارث ينسب بالدين الذى اختص به . ولكى يكون الدائن مطمئناً على حقه ، يجوز للقاضى أن يرتب له حق اختصاص

٨٩٦ م : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٩) .

ولا مقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى ٨٥٦ م - ٨٥٧ (مطابق ، فيما عدا أن الفقرة الثالثة من

المادة ٨٩٥ مصرى لا نظير لها فى المادة

٨٥٦ سوري) .

التقنين المدنى الليبى ٨٩٩ م - ٩٠٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) أما الديون الحالية فإن المصطفى يكون قد وفاها قبل توزيع أموال التركة وديونها المؤجلة على الورثة .

على عقارات التركة التي وقعت في نصيب الوارث ، وذلك بالرغم من أن الدين مؤجل ولم يصدر به حكم . بل تجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكميلي من ماله الخاص أو مطالبة بأية تسوية أخرى ، كتقديم كفيل عيني أو شخصي أو عقد تأمين لمصلحة الدائن . فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائن الضمان الكافي ، فإن حقه يبقى غير قابل للتجزئة ، وضمانه هو كل أموال التركة : ما وقع منها في نصيب الوارث وما وقع في نصيب الورثة الآخرين . مع مراعاة اتخاذ الإجراءات اللازمة لإشهار هذا الحق (١) .

وهناك تعقبات على ما تقدم : (١) تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ : « على أن تحتفظ (المحكمة) لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين » . فمن كان له من الدائنين منذ البداية تأمين خاص ، كرهن أو امتياز ، يبقى له هذا التأمين كما كان . ويحسن في هذه الحالة أن يكون الوارث الذي وقع في نصيبه العين المثقلة بهذا التأمين الخاص هو الذي يختص بالدين الذي لصاحب هذا التأمين . (٢) قد ترى المحكمة حاجة إلى إضافة ضمان تكميلي يقدمه الوارث من ماله الخاص أو الاتفاق على أية تسوية أخرى ، مع أن المفروض أن نصيب الوارث من أموال التركة يني بنصيبه من ديون التركة . والسبب في ذلك أن الوارث قد يكون معظم ما وقع في نصيبه من أموال التركة منقولاً ، بل قد لا يقع في نصيبه أي عقار . ففي هذه الحالة يجب عليه أن يقدم ضماناً تكميلياً من ماله الخاص ، كأن يقدم عقاراً يملكه ترتب عليه المحكمة حق اختصاص . وهذا لا يمنع من ترتيب تأمين على المنقولات التي وقعت في نصيب الوارث ، كأن تكون حلياً أو مجهرات أو أوراقاً مالية يقدمها الوارث رهناً حيازياً للدائن (٢) . ويلاحظ أن عملية تأمين الديون المؤجلة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ - ٢٥٩ . وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون في هذا الشأن : « وهذه هي أدق نقطة في تصفية عاجها مشروع ، ووفق فيها بين مصلحة الدائنين في ألا يتجزأ ضمانهم ومصلحة الورثة في أن تتجزأ عليهم الديون ، وفي أن يكون كل مثولاً عن الديون الأخرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٢) .

(٢) وقد أضيفت في لجنة مجلس الشيوخ ، في الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ ، عبارة « على عقار أو منقول » بعد عبارة « وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً » -

بعد توزيعها على الورثة تقتضى أن كثيراً من عقارات التركة ترتب عليها المحكمة حقوق اختصاص لمصلحة الدائنين ، وقد كانت خالية من قبل من أى تكليف عيني . لذلك أضيفت في لجنة المراجعة إلى المادة ٨٩٥ فقرة ثالثة تقول : « وفي جميع الأحوال إذا ورد تأمين على عتار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة في شهر حق الاختصاص ».

فإذا ما اختص كل وارث بنصيب من الديون المؤجلة على النحو السابق الذكر ، فقد يرغب أحد الورثة تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة التي وقعت في نصيبه . وقد قدمنا أن الذى دعا إلى توزيع الديون المؤجلة على الورثة دون التعجيل بوفائها هو أن الورثة لم يجمعوا على هذا التعجيل ، فيجوز إذن أن يكون من بينهم من كان يريد تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة ومنعه من ذلك عدم انعقاد إجماع الورثة . فيستطيع هذا الوارث الذى كان يريد تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة أن يقوم هو بتعجيل الوفاء بما وقع في نصيبه من هذه الديون . ويطلب إلى المحكمة أن تقضى بحلول الدين المؤجل الذى وقع في نصيبه ، وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن طبقاً لأحكام المادة ٨٩٤ التى سبق بيانها (١) .

٦٠ - وفاء الربوبه النى لم تظهر فى قائمة الجرد .. نص قانونى :

تنص المادة ٨٩٧ مدنى على ما يأتى :

« دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة ، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال ، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم » (٢) .

= الواردة في صدر الفقرة ، لأنه إذا كان من المرغوب فيه بيع المنقولات الوفاء بالديون ، ولكن « إذا أمكن ترتيب تأمين عليها ، كان ذلك أصلح للورثة والدائنين على السواء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٧) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٨ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٠ - ص ٢٦١) .

وبعرض هذا النص لدائني التركة الذين ليس لهم تأمين خاص على أموال التركة ، ولم يعلموا بالتكليف الذي وجهه المصنف للدائنين ، بل قد يكونون لم يعلموا بموت المدين . فلم تظهر الديون التي لهم على التركة في قائمة الجرد ، ولم يستطيعوا المنازعة في القائمة لحمايتهم بها . فهؤلاء يتقون في الغالب مجهولين حتى تتم التصفية : ويستولى كل وارث على نصيبه على اعتبار أنه خالص من الديون . لاشك في أن هؤلاء الدائنين تبقى حقوقهم قائمة ماداموا لم يستوفوها ، ويستطيعون الرجوع بها على أموال التركة ما بقيت هذه الأموال في أيدي الورثة : إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . فإذا رجع أحد منهم على عين للتركة في يد أحد الورثة ونفذ بحقه على هذا العين ، رجع الوارث على الورثة الباقين كل بقدر حصته في الدين .

لكن إذا تصرف الوارث في عين للتركة ، أو رتب عليها حقاً عينياً كرهن لأجنبي حسن النية لا يعلم إن هناك دائنين للتركة لم يستوفوا حقوقهم : لم يستطع هؤلاء الدائنون أن يتبعوا العين أو يتقدموا على الأجنبي ، حتى لو لم يشهر حق الإرث أو شهر ولم تنقض سنة من وقت شهره واستطاع الدائنون أن يؤثروا بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث قبل انقضاء هذه السنة . ذلك لأن التصفية الجماعية تقطع السبيل على دائني التركة الذين لم يتقدموا في التصفية ، وإذا كانت التصفية لانحى الورثة من هؤلاء الدائنين مادامت أعيان التركة باقية في أيديهم ، فإنها تحمي الغير . ومن يتعامل مع الوارث بحسن نية بعد انتهاء التصفية من حقه أن يطمئن إلى أن التصفية قد خلصت التركة من الديون ، فلا يجوز لدائن لم يظهر في التصفية أن يتبع عيناً للتركة تحت يده أو أن يتقدم عليه فيها . وإنما يجوز لهذا الدائن أن يرجع على الوارث

= ولا مقابل فنص في التقنين المدني السابق .

وتبين في انتقينات امدية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٥٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٠١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارية البناني لا مقابل .

الذى تصرف في هذه العين أورتب عليها حقاً عينياً ، وذلك - كما نقول
المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - « في حدود ما عسى أن يكون
قد أخذه مقابلاً لمال الشركة ، كالثمن إذا كان التصرف بيعاً والبدل إذا كان
مقايضة والعوض إذا كان هبة » (١) والرجوع هنا يكون بسبب إثراء الوارث
على حساب الدائن . وهذا كله دون إخلال برجوع الدائن على الوارث
الذى تصرف في العين عن طريق غير طريق الإثراء هذا ، وذلك بأن
يرجع الدائن على أعيان الشركة التى لا تزال باقية في يد هذا الوارث كما
سبق القول .

٦١ - تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف - نص قانونى :

نص المادة ٨٩٨ مدنى على ما يأتى :

« يتولى المصنف ، بعد تسوية ديون الشركة ، تنفيذ الوصايا وغيرها
من التكاليف » (٢) .

وبعرض هذا النص لما يبقى بعد سداد الديون من التكاليف على الشركة .
ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « بعد سداد
ديون الشركة تنفذ الوصايا وغيرها من التكاليف ، ومن التكاليف ما عسى
أن يكون على الشركة من ضريبة لخزينة الدولة » (٣) وضريبة التركات
تستوفى من الشركة بعد سداد ديونها ، إذ هي تفرض على صافى أموال الشركة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٣١ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٩
في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٨٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦١ - ص ٢٦٢) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى "سورى" م ٨٥٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٠٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٢ .

والوصية تنفذ في حدود ثلث أموال التركة بعد سداد ديونها ايضاً إذ أن ديون التركة تقدم على الوصايا ، وما جاوز حدود الثلث لا ينفذ إلا بإجازة الورثة ، وسنبحث الوصية فيما يلي .

فالمصني إذن ، بعد أن يوفى ديون التركة وهي مقدمة على الوصايا والتكاليف الأخرى ، ينفذ التكاليف التي على التركة ، وينفذ الوصايا إن وجدت في الحدود المتقدمة الذكر (١) .

§ ٤ — المرحلة الرابعة — تسليم أموال التركة للورثة نهائية من المبرور

وقسمة هذه الأموال

٦٢ — المرحلة التي تتضمنها هذه المرحلة : بعد أن يسدد المصني الديون والوصايا والتكاليف ، يكون ما بقي من أموال التركة ملكاً خالصاً للورثة ، إذ يكون قد تحقق المبدأ القاضي بألا تركة إلا بعد سداد الديون تحقيقاً عملياً . فعلى المصني أن يسلم للورثة ما بقي من أموال التركة ، كل بحسب نصيبه في الإرث . ولكن هذه الأموال تكون شائعة بين الورثة ، ومن ثم يجوز لأي وارث أن يطلب من المصني أن يسلمه نصيبه منفزاً ، فيتعين على المصني عندئذ أن يقوم بالقسمة . وتسرى على القسمة القواعد المقررة لها ، إلا أن هناك أشياء ثلاثة تنفرد بأحكام خاصة : (١) الأوراق العائلية والأشياء التي تنصل بعاطفة الورثة نحو المورث . (٢) المستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري الذي عسى أن يوجد في التركة . (٣) الديون التي للتركة على الغير . وقد يقوم المورث نفسه حال حياته بقسمة تركته على ورثته عن طريق الوصية ، وهذا ما يسمى بقسمة المورث . ولما كانت هذه القسمة تتناول أموال التركة والورثة والديون التي على التركة ، وهذه كلها لا تتحدد نهائياً إلا عند موت المورث ، فيجب وضع قواعد خاصة للحالات

(١) : إن كانت الوصية باسم شائع في تركة أخرت عن ديون التركة فنسند هذه عليها ، وقدمت على أنصبة الورثة فيقدم الموصى له على الورثة في حدود ثلث التركة ، ويتقاضى نصيبه أولاً والباقي من التركة يقسم على الورثة بحسب أنصبتهم في الميراث (قارن عبد المنعم فرج العدة فقرة ٥٣٤) . وإذا كانت الوصية بعين معينة أوحصة شائعة في عين معينة ، واضطر المصني أن يني الدين كله أو بعضه من هذه العين ، كان للموصى له أن يرجع بدين الدين الذي استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاة الديون (م ٣٩ من قانون الوصية) .

التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة.
فالمسائل التي يجب بحثها في هذه المرحلة الرابعة هي إذن : (١) تسليم
ما بقي من أموال التركة بعد تصفيتها للورثة (م ٨٩٩ - ٩٠١) . (٢) قسمة
المصنفى للتركة (م ٩٠٢ - ٩٠٤) - (٣) أحكام خاصة تنفرد بها بعض
أموال التركة عند قسمتها (م ٩٠٥ - ٩٠٧) . (٤) قسمة المورث (م ٩٠٨ -
٩٠٩ و م ٩١٢) . (٥) الحالات التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال
التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة (م ٩١٠ - ٩١١ و م ٩١٣) .

٦٣ - تسليم ما بقي من أموال التركة بعرضتها للورثة - فهو من قانونية :

تنص المادة ٨٩٩ مدني على ما يأتي :

« بعد تنفيذ التزامات التركة ، يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة ،

كل بحسب نصيبه الشرعي » .

وتنص المادة ٩٠٠ مدني على ما يأتي :

« ١ - يسلم المصنفى إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة » .

« ٢ - ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة

بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها
في تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة
أو بدون تقديمها » .

وتنص المادة ٩٠١ مدني على ما يأتي :

« تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلماً شرعياً بالوراثة أو ما يقوم

مقام هذا الإعلام ، شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه ،
وتعين ما آل إليه من أموال التركة » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

١٩٩٠ : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما

استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٠ في المشروع

النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٩ (مجموعة

الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٣ ص ٢٦٤) .

م ٩٠٠ : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما

استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧١ في المشروع النهائي . =

وتعرض هذه النصوص لتسليم المصنى للورثة ما بقي من أموال التركة بعد تصفيها ، أى بعد سداد ديونها وتنفيذ التكاليف والوصايا . ذلك أن التركة بعد هذه التصفية تصبح ملكاً خالصاً للورثة كما قدمنا ، فيسلمها المصنى لهم كل بحسب نصيبه في الإرث . وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورثة من وقت موت المورث ، لا من وقت التسليم فحسب . ولكنهم لا يستطيعون التصرف فيها إلا من وقت أن يتسلموا من المحكمة التى تنظر في شؤون التصفية سنداً بملكيتهم للأموال الموروثة ، وهم في ذلك كالورثة في التركة التى لم تخضع للتصفية الجماعية لا يستطيعون التصرف في أموال التركة إلا بعد شهر حق الإرث وإن كانوا يملكون هذه الأموال من وقت موت المورث .

والمحكمة تسلم لكل وارث . بعد تصفية التركة وعند تسلم الورثة ما بقي من أعيان التركة : سند ملكيته للأموال الموروثة المشار إليه فيما تقدم . وهذا السند هو شهادة الإرث ، يحصل عليها الوارث من المحكمة بعد أن يقدم لها إعلماً شرعياً بالوراثة^(١) ، أو ما يقوم مقام هذا الإعلان كحكم صادر من

ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٩ : فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥) .

م ٩٠١ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٢ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدنى السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٠ - ٨٦٢ (موفى) .

التقنين المدنى اللبنى م ٩٠٣ - ٩٠٥ (مطابق) .

تقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون المسكنة المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تريب على المحكمة إن هى اعتدت في قضائها

بشوت الوراثة على إشهاد شرعى لم يناع فيه أحد (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥

مجموعة المكتب الفتوى لحكم النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ١٦) . وانظر في حجية

الإعلان الشرعى لإثبات الوراثة ما لم ينتفض حكم : استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٢٠ - =

المحكمة المختصة باستحقاقه في الإرث إذا ما أنكر عليه باقى الورثة حقه كوارث فاستصدر هذا الحكم في مواجهتهم^(١) . وهذه الشهادة التي يتسلمها من المحكمة ورقة رسمية تقرر حقه في الإرث ، وتبين مقدار نصيبه في التركة ، وتعين أموال التركة التي آلت إليه بعد التصفية^(٢) . ويستطيع الوارث

٢٢ فبراير سنة ١٨٩٣ م ص ٢١٢ - ٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م ص ٧ - ١١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ م. ١٠ ص ١٦٣ (لاحجية للإعلام الشرعى إذا نافذه إقرار من يشهد لصالحه) - ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨١ (لاحجية للإعلام الشرعى الصادر من محكمة شرعية أجنبية ولم تراجمه سلطة مصرية مختصة) - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٢٤ - ٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٤٨ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣١ (لاحجية للإعلام الشرعى ما لم ينقضه دليل مخالف) - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٩١ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٢ (رفض تحرير الإعلام الشرعى إذا نازع أحد الورثة ويجب في هذه الحالة رفع دعوى الإرث) .

وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الإعلام الشرعى بتحقيق الوفاة والوراثة الذى يصدر بناء على إجراءات تقوم في جودها على تعقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم به السلطة القضائية المختصة (نقض مدنى ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٠٣) . (١) وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المحكمة الشرعية القاضى بمنع التعرض في بعض التركة ، إذا كان مؤسساً على ما قضى به من ثبوت الإرث المبني على النسب ، يعتبر حكماً موضوعياً بالوراثة (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٠ رقم ١٤) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن المشرع أراد أن يضمن على شهادة الوفاة والوراثة حجية ما لم يصدر حكم على خلافها ، ومن ثم جاز للنوى الشأن ممن لهم مصلحة في الطعن على الإشهاد أن يطلبوا بطلانه ، سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدأة أم في صورة دفع (نقض مدنى سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٥٨ ص ٣٤٠) - وانظر نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ٦١٩ - ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص ١٠٨٣ - ٢٩ يونيو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٠٦ ص ١٤٨٠ .

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، تنص المادة ٩٥٠ مرافعات على أن «يصدر قاضى الأمور الوقفية أمراً على غريضة ... (رايد) بتسليم كلى وارث شهادة تقرر حقه في الإرث ، وتعيين مقدار نصيبه فيه ، وتعيين ما آلت إليه من أموال التركة ، وذلك بناء على طلب الوارث وبعد أخذ رأى المصل ككتابة . (خامساً) بتقدير نفقات التصفية والأجر الذى يستحقه المصل عن الأعمال التى قام بها أو من استعان بهم من أهل الخبرة» . هذا ويجوز للقاضى الأمور الوقفية «عند الاقتضاء أن يحيل الطلب إلى المحكمة ، ويأمر بإعلان ذوى الشأن جلسة يحددها في ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، وتفصل المحكمة في الطلب منعقدة بهيئة غرفة مشورة» .

أن يشهر حقه في الإرث عن طريق تسجيله لهذه الشهادة ، إذ هي تتضمن كل البيانات اللازمة .

وليس من الضروري أن ينتظر الوارث نهاية التصفية قبل أن يتسلم بعضاً مما يؤول إليه من أموال التركة . فقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٩٠٠ مدني تنص على ما يأتي : « ويجوز للورثة . بمجرد انقضاء الميعاد المقرر لمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها » . فن احتمل . بعد انقضاء الميعاد المقرر لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد . وهو ثلاثون يوماً من يوم إخطار آخر وارث بإيداع القائمة قلم كتاب المحكمة ، أن يتبين ، من الرجوع إلى القائمة وما يقدم فيها من منازعات . أن التركة ظاهرة اليسار وأن المصني ليس في حاجة للاحتفاظ بجميع أموال التركة لتصفيتها . ففي هذه الحالة يجوز لوارث أن يطالب المصني بأن يسلمه فوراً كل نصيبه أو بعضه في الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها المصني في تصفية التركة . فيسلمه المصني ما طلبه على أن يخصم من نصيبه النهائي في الميراث . ويطالب المصني الوارث بكفالة أو لا يطالبه بها بحسب مقدار يسار التركة . فإن كان اليسار كبيراً لم يطالبه بتقديم كفالة إذ لا يتضمن تسليم الوارث لشيء من أموال التركة أي خطر ، وإن كان اليسار غير كبير طالبه بتقديم كفالة إذ قد يتبين في النهاية أن المال الذي تسلمه الوارث لازم لتصفية التركة فتضمن الكفالة رد هذا المال . وما تسلمه الوارث من الأموال وقتئذ يستطيع التصرف فيه : دون انتظار لنهاية التصفية وتسليم شهادة الإرث (١) .

٦٤ - قسم المصني للتركة - نصوح قانونية : تنص المادة ٩٠٢

مدني على ما يأتي :

« لكل وارث أن يطلب من المصني أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزاً . إلا إذا كان هذا الوارث ملازماً بالبقاء في اشيوع بناء على اتفاق أو نص في القانون » .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٦٦ .

وتنص المادة ٩٠٣ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كان طلب القسمة واجب القبول ، تولى المصنف إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع » .

« ٢ - فإذا لم ينعقد إجماعهم على ذلك ، فعلى المصنف أن يرفع على نفقة التركة دعوى بالقسمة وفقاً لأحكام القانون ، وتستتر نفقات الدعوى الدعوى من أنصباء المتقاسمين » .

وتنص المادة ٩٠٤ مدني على ما يأتي :

« تسرى على قسمة التركة القواعد المقررة في القسمة ، وبوجه خاص

ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالغبن وبامتياز المتقاسمين ، وتدرى عليها أيضاً الأحكام الآتية » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٠٢ : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ١٣٣٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وكان المشروع التمهيدي يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك فللقاضي إجزئي أن يأمر ، بناء على طلب ذي شأن ، بوقف تقسيم التركة أو بعض أعيانها ، إذا كانت القسمة المتأجلة من شأنها أن تؤدي إلى نقص محسوس في قيمة المال » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٣ في المشروع النهائي ، بعد حذف الفقرة الثانية وذلك نتيجة لحذف نص يماثلها كان قد ورد في القسمة (م ٢/١٢٠٢ من المشروع التمهيدي وقد حذفت في لجنة المراجعة لعدم الموائمة على حكمها : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٢) . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٧١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨) .

م ٩٠٣ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠) .

م ٩٠٤ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٠ - ص ٢٧١) .

ولا مقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق .

ونقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري ٨٦٣ - ٨٦٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٠٦ - ٩٠٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

وتعرض هذه النصوص لحالة ما إذا طلب أحد الورثة (١) من المصنف أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزاً ، فإن أموال التركة بعد تصنيفها تكون شائعة بين الورثة . ولما كان لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع إلا باتفاق كما هو الأمر في ملكية الأسرة أو بنص في القانون كما هو الأمر في الشيوع الإجباري . فإن الوارث الذي يطلب تسلم حصته مفرزة ، إذا لم يوجد اتفاق أو نص يمنعه من التقدم بهذا الطلب ، لا بد أن يجاب إلى طلبه . ويتعين على المصنف في هذه الحالة أن يجرى قسمة أموال التركة ، حتى يفرز نصيب الوارث . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « إذا لم يوجد مانع من إجابة الوارث إلى طلب تسليم نصيبه مفرزاً . تولى المصنف تجنب حصته مفرزة بالاتفاق مع الورثة ، فإن لم يتفقوا جميعاً . رفع دعوى القسمة وتكون نفقاتها على الورثة ، ويسرى على هذه الدعوى أحكام دعوى القسمة ، ويترتب عليها نفس الأحكام » (٢) . ويترتب على القسمة بوجه خاص ضمان التعرض والاستحقاق ، ونقض القسمة للغبن ، وامتياز المتقاسم ، وقد سبق بيان ما يتعلق بالتعرض والاستحقاق والغبن ، وسيأتي بيان امتياز المتقاسم عند الكلام في التأمينات العينية .

٦٥ - أحكام خاصة بتفرد بها بعضه أموال التركة عند قسمتها -

الأوراق العائلية وما إليها والمغفل الزراعى أو الصناعى أو التجارى والمديون التى لا تتركز - نصوص قانونية : وقد أفرد القانون بعض أموال التركة عند قسمتها بأحكام خاصة .

فنصت المادة ٩٠٥ مدنى على ما يأتى : « إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء أو باعطائها لأحد الورثة مع استئزال قيمتها من نصيبه في الميراث أو دون استئزال ، ويراعى في ذلك ما جرى عليه العرف

(١) أو الموصى لهم بسهم شائع في التركة ، فإنه يعتبر شريكاً في الشيوع مع الورثة .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٩ .

وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية « (١) .

فالأوراق العائلية والأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، كذكراته وشهاداته وأوسمته وملابسه الرسمية وصوره الفوتوغرافية وما تركه من ذكريات مادية كالأسلحة وأصول المؤلفات والمكتب الذي كان يقعد إليه والقلم الذي كان يكتب به وما إلى ذلك ، إذا اتفق الورثة على أمر في شأنها ، نفذ هذا الاتفاق . أما إذا لم يتفق الورثة على طريقة تقسيمها ، تولت المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية البت في شأنها : مستلهمة في ذلك العرف وظروف الأسرة والظروف الشخصية للورثة . فقد تأمر ببيعها وتوزيع ثمنها على الورثة ، وقد تعطيها لوارث معين هو ألبق الورثة باقتنائها بعد استئزال قيمتها من نصيبه في الإرث ، أو دون استئزال إذا تمحضت قيمتها في عنصرها المعنوي .

ونصت المادة ٩٠٦ مدني على ما يأتي : « إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به ، وضمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستئزل من نصيب الوارث في التركة . فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل ، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل » (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٩٠٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « إذا كان من أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري ، وجب تسليم هذا المستغل باعتبار وحدة اقتصادية قائمة بذاتها لمن يطلبه من الورثة ، إذا كان أقدرهم على =

فالمستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى الذى يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها . كـبستان غرست فيه أشجار الفاكهة أو الزهور وكـمصنع وكـحل تجارى ، يراعى فيه هذه الوحدة الاقتصادية ، فلا يصح تقسيمه وإلا كان فى ذلك انتقاص كبير من قيمته . فيعطى المستغل برمته لأقدر الورثة على استغلاله . ويقدر ثمن المستغل بحسب قيمته كرأس مال لأحسب ما ينتجه من إيراد . ويستزل هذا الثمن من نصيب الوارث الذى أعطى له المستغل ، فإذا لم يف نصيبه بثمن المستغل ألزم بدفع الفرق . فإذا تساوى وارثان أو أكثر فى القدرة على الاستغلال . أعطى المستغل لمن يدفع فيه أعلى قيمة بحيث لا تنقل عن ثمن المثل . وإذا لم يوجد أحد من الورثة تتوافر فيه القدرة على الاستغلال . بيع المستغل لأجنبى طبقاً للقواعد المقررة فى القسمة . ووزع ثمنه على الورثة . وإذا لم يوجد فى التركة غير المستغل أو كان هو معظم التركة . ووجد وارث تتوافر فيه القدرة على استغلاله ورضى بدفع ثمنه . أعطى له . ويكتفى باقى الورثة كل بحصته فى الثمن بنسبة نصيبه فى الإرث .

الاضطلاع به ، على أن يراعى فى تقدير الثمن - ينتجه هذا المستغل ، وأن يستزل هذا الثمن من نصيب الوارث فى التركة » . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٧ فى المشروع النهائى ؛ بعد إدخال بعض تعديلات لفظية عليه . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ روى أن يكون تقويم المستغل لا باعتبار قيمة إيراده وإنما بحسب قيمته « لأن الإيراد قد يتأثر بطريقة الاستغلال وقدرة المستغل » ولذلك استبدلت عبارة « يقوم بحسب قيمته » بعبارة « بقدر باعتبار قيمة إيراده » . وأضيف إلى الشق الأخير من النص عبارة « فإذا تساوت قدرة الورثة على الاستغلال بالمستغل ، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تنقل عن ثمن المثل » . وقد أصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وصار رقمه ٩٠٦ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٣ - ص ٢٧٥) .

ولامقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقال فى مـفـهـمات مدنية عربية أخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى ٩١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل

قانون الملكية المقايمة البتائى لا مقابل .

ونصت المادة ٩٠٧ مدني على ما يأتي : « إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقى الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (١) .

وبلاحظ في صدد هذا النص أنه يعرض للديون التي للتركة ، أى للحقوق الشخصية (créances) التي يكون فيها المورث دائناً لأجنبي . وهذه الحقوق الشخصية لا تدخل في الشروع مع أموال التركة الشائعة ، بل هي تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة ، كل بنسبة حصته في الميراث (٢) . فإذا وضع كل الحق الشخصي عند القسمة في نصيب أحد الورثة ، فإنما يكون ذلك فيما بين الورثة وحدهم . أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق ، فإنه يموت المورث يصبح مديناً لكل وارث بمقدار حصته . ويجب أن يحول باقى الورثة حصصهم للوارث الذي وقع في نصيبه الحق عن طريق حوالة الحق (٣) . ولكن هؤلاء الورثة لا يضمنون للوارث الذي اختص بالحق وحده إعسار المدين بعد القسمة إلا إذا وجد اتفاق يقضى بذلك ، كما تقول المادة ٩٠٧ مدني سالفه الذكر . فهم إذن يضمنون للوارث ، دون اتفاق ، إعسار المدين عند القسمة . وفي هذا تشديد للضمان الذي تقرره

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٦ - ص ٢٧٧) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

وبقاييل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٦٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١١ (مطابق) .

تقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(٢) وقد قننت محكمة النقض بأن دين الأجرة ، وإن كان أصلاً للمورث ، إلا أنه مادام بطبيعته قابلاً للتقسيم ، فهو ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٠١ ص ١٢٧٨) .

(٣) أنظر ما قدمناه في هذه المسألة عند الكلام في القسمة : الوسيط ٨ فقرة ٥٧٩ .

القواعد العامة ، إذ تنص المادة ١/٣٠٩ مدني على أنه « لا يضمن المحيل يسار المدين » ، إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان . فالحيل لا يضمن إلا وجود الدين وقت الحوالة ، ولا يضمن يسار المدين في هذا الوقت إلا باتفاق خاص . أما هنا في قسمة التركة : حيث تقتضي القسمة مراعاة المساواة ما بين المتقاسمين ، فالورثة يضمنون يسار المدين عند القسمة دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك . أما إذا أريد ضمان يسار المدين عند حلول المدين ، فهذا الذي يقتضي اتفاقاً خاصاً كما تقتضي بذلك المادة ٩٠٧ مدني التي تقدم ذكرها .

٦٦ - قسمة المورث - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٠٨ مدني على

ما يأتي :

« تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، فان زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية » .
وتنص المادة ٩٠٩ مدني على ما يأتي :

« القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً ، وتصبح لازمة بعد وفاة الموصي » .

وتنص المادة ٩١٢ مدني على ما يأتي .

« تسري في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة .
عدا أحكام الغبن » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

٩٠٨ م : ورد هذا النص في المادة ١٣٤١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« يجوز للمورث أن يقسم التركة بين ورثته بوصية مكتوبة في ورقة رسمية : على أن يراعى في ذلك القواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة وتحديد القدر الذي تجوز فيه الوصية » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٩ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدل النص على الوجه الآتي : « يجوز للمورث أن يقسم التركة بين ورثته ، على أن يراعى في ذلك أحكام الوصية والقواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة وتحديد القدر الذي تجوز فيه الوصية » ، وسبب التعديل العمل على تنسيق النص مع نص المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٧٧ . وفي لجنة مجلس الشيوخ وضع نص جديد هو نفس النص الوارد في قانون الوصية لتنسيق بين القانون المدني وقانون الوصية ،

وتعرض هذه النصوص لقسمة المورث ، وهي القسمة التي يجريها المورث في تركته بين ورثته حال حياته ، وتكون في صورة وصية يجوز الرجوع فيها . ولو لم يجوز الرجوع فيها لكانت تعاملاً في تركة مستقبلية وكانت باطلة ، فجعلت وصية يجوز الرجوع فيها لأن الوصية مستثناة من حكم بطلان التعامل في التركة المستقبلية . والمادة ٩٠٨ مدني سألقة الذكر تقرر المبدأ العام في هذه المسألة ، وهي منقولة من المادة ١٣ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ التي تجري على الوجه الآتي : « تصح الوصية بقسمة

— فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٩٠٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٩) .
م ٩٠٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً ، ولكن لا يتم الرجوع إلا إذا كان في ورقة رسمية » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٠ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وذلك للتنسيق بينه وبين المادة ١٣ من قانون الوصية ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٠) .

م ٩١٢ : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :
١ - تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، ويسرى بوجه خاص ما يتعلق من هذه الأحكام بضمائم التعرض والاستحقاق وما يتعلق منها بالنين وبامتياز المتفاسم .
٢ - وعلى الوارث الذي يضمن في القسمة بالنين أن يرفع دعواه في السنة التالية لتسليم أموال التركة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، عدا أحكام النين » ، وقد استبعدت أحكام النين دفماً للتدخل بين أحكام الوصية وأحكام النين . وحذفت الفقرة الثانية تمثيلاً مع استبعاد أحكام النين . فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٩١٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٣ - ص ٢٨٥) .

ولامقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٦٩ - ٨٧٠ وم ٨٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٢ - ٩١٣ وم ٩١٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارنة النهائي لا مقابل .

أعيان التركة على ورثة الموصى . بحيث يعين لكل وارث أول بعض الورثة قدر نصيبه . وتكون لازمة بوفاء الموصى . فان زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة ، كانت الزيادة ودية . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية في صدد هذا النص : « مادة جديدة وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التي يراها . فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة . وأن يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له . ووصيته بذلك صحيحة نافذة (قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة) . وبناء على ما جاء بالمادة ٣٨ من جواز الوصية للوارث بالثلث بدون توقف على إجازة الورثة ، يجوز للمورث أن يزيد في بعض الأنصباء ما يراه بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة . فان كان أكثر من الثلث ولم يحجز الورثة الزائد ، قسم الثلث بين أصحاب الأنصباء المزیدة بنسبة مازاده لكل منهم ، ورد الباقي إلى التركة » .

وليس من الضروري أن يقسم المورث تركته على جميع ورثته . بل يصح أن يفرز نصيب بعض الورثة دون غيرهم ، ويكون باقي التركة للباقي من الورثة شائعاً بينهم . ومن أفرز المورث نصيبه في التركة لا يجوز أن يزيد قيمة نصيبه على استحقاقه في الإرث إلا بقدر ثلث التركة . إذ تعتبر هذه الزيادة وصية .

وقسمة المورث هي وصية من ناحية . وقسمة من ناحية أخرى . فمن حيث إنها وصية . يجوز للمورث الرجوع فيها دائماً حال حياته . ولا تصبح لازمة إلا بوفاة (م ٩٠٩ مدني سالف الذكر) . ومن حيث إنها قسمة . تسرى عليها أحكام القسمة . وبخاصة أحكام ضمان التعرض والاستحقاق وأحكام امتياز المتقاسم . ويستثنى من ذلك أحكام الغبن فهي لا تسرى على قسمة المورث ، وقد قرئنا أنه يجوز للمورث أن يعطى أحد الورثة أكثر من استحقاقه وتكون الزيادة وصية . فالزيادة إذن لا تكون غبناً بل تعتبر وصية وتنفذ دون إجازة الورثة مادامت في حدود ثلث التركة ، وعلى ذلك وجب استبعاد أحكام الغبن (١) .

٦٧ - الحالات التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو كل

الورثة أو كل ديون التركة - فهو من قانونية : ولما كان المورث يقسم تركته بين ورثته حال حياته ، وكانت أموال التركة والورثة وديون التركة لا يمكن معرفتها على وجه التحقيق إلا عند وفاة المورث ، لذلك كان من الجائز الالتئام القسمة كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة .

ففيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل أموال التركة ، تنص المادة ٩١٠ مدني على ما يأتي : « إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته ، فإن الأموال التي لم تدخل في القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث » (١) . وهذا النص يسري فيما إذا استجد للمورث مال بعد القسمة التي أجراها بين ورثته ، ولم يتمكن من إدخال هذا المال الجديد في القسمة قبل موته ، أو لم يرد ذلك . فتبقى القسمة التي أجراها في الأموال التي أجريت فيها على ما هي عليه ، أما المال الذي استجد فيؤول إلى الورثة ضمن تركته ، ولكنه يكون شائعاً بينهم لأنه لم يدخل في القسمة ، ويوزع بينهم طبقاً لقواعد الميراث (٢) . وقد يقع العكس ويتصرف المورث في بعض الأموال التي دخلت في القسمة : فتختل بذلك القسمة التي أجراها بين

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧١ (مطابق) .

التقنين المدني لـ م ٩١٤ (مطابق) .

التقنين المدني لـ ن لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(٢) ويلاحظ هنا أنه في حساب المقدار الجائز الإيصاء به لبعض الورثة في القسمة التي أجراها المورث ، يضاف المال الذي استجد إلى المال الذي أجريت فيه القسمة ، فيكون المقدار الجائز الإيصاء به هو ثلث هذا المجموع .

الورثة . ولما كانت القسمة قد أجريت بطريق الوصية . فإن تصرف المورث في بعض الأموال التي أدخلها في القسمة يعتبر عدولاً منه عن الوصية . فتنقضي القسمة . وتكون الأموال التي يتركها المورث لورثته عند وفاته دون أن يتصرف فيها تركة شائعة بين الورثة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث في بعض الأموال التي دخلت في القسمة . فإن القسمة تبطل ويجب إجراء قسمة جديدة » . (١)

وفيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل الورثة . تنص المادة ٩١١ مدني على ما يأتي : « إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا القسمة . فإن الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب من مات توول شائعة إلى باقي الورثة طبقاً لقواعد الميراث » . (٢) وهذا النص يسرى فيما إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة الذين دخلوا القسمة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يعمل النص فقرة ثانية تسبقها فقرة أولى تجرى على الوجه الآتي : « إذا لم يدخل في القسمة جميع من يوجد من الورثة وقت وفاة المورث ، كانت القسمة كلها باطلة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٤ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت الفقرة الأولى ليتسق النص مع المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية التي تمكن المورث من إفراز نصيب بعض الورثة إذا رأى الاختصار على ذلك . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣) .

ولا مقابل تنص في التقنين المدني السابق .

ويشبه في التقنينات سنية تعريبية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

« وإذا نقصوا (الورثة الذين دخلوا القسمة) بأن مات أحد منهم قبل وفاة المورث ، ولم تتغير أنصباؤه الباقي بعد هذا الموت . فإن الحصة المفترزة التي وقعت في نصيب من مات تووّل شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كل منهم في الميراث . وإن حجب أحد منهم بوارث وجد بعد القسمة وتغيرت الأنصباؤه بهذا الحجب . بطلت القسمة » (١) . وهناك فرض ثان ، هو أن يزيد الورثة عما كانوا عليه وقت الوصية بالقسمة ، سواء دخل كل الورثة الموجودين وقت الوصية القسمة أو دخل بعضهم فقط . وفي هذا الفرض تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وفيما يتعلق بالورثة ، إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية ، فإن القسمة تصبح باطلة » (٢) ، وذلك لأن أنصباؤه الورثة تكون قد تغيرت وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة بسبب من استجد من الورثة . يبقى الفرض الأخير . وهو أن يدخل بعض الورثة دون بعض في القسمة ، ويبقى الورثة وقت الموت كما كانوا وقت الوصية بالقسمة . وفي هذا الفرض تبني قسمة المورث صحيحة ، إذ يكون المورث قد أفرز نصيب بعض الورثة دون بعض . ولم تتغير أنصباؤه الورثة وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة . وهذا جائز طبقاً لصريح نص المادة ٩٠٨ مدني والمادة ١٣ من قانون الوصية . وفيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل ديون التركة ، تنص المادة ٩١٣ مدني على ما يأتي : « إذا لم تشمل القسمة ديون التركة ، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على القسمة . جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين ، أن يطلب أي وارث قسمة التركة طبقاً للمادة ٨٩٥ . على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التي أوصى بها المورث والاعتبارات التي بنيت عليها » (٣) . ويلاحظ في هذا الصدد أن قسمة المورث للديون التي

(١) مسرعة الإشكال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٦ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقول « جاز عند عدم اتفاق الورثة على تسوية الديون » . وفي لجنة المراجعة استبدل بهذه العبارة « جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين » . وحسب النص رقمه ٩٨١ في المشروع النهائي «

على التركة بين الورثة يجب . حتى تكون نافذة في حق دائي التركة ، أن يوافقوا عليها . فإذا لم يوافق الدائنون على القسمة ، أو لم تشمل القسمة ديون التركة . فإن التركة تبقى مثقلة بهذه الديون . فإذا استطاع الورثة أن يتفقوا مع الدائنين على تسوية هذه الديون ، نفذ ما اتفقوا عليه جميعاً في هذا الشأن . وإذا لم يستطع الورثة الاتفاق مع الدائنين ، فإن قسمة المورث تكون غير كاملة إذ لم تندرج فيها الديون . ويجوز عندئذ لأي وارث أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر شئون التصفية أن تتولى قسمة التركة من جديد طبقاً لأحكام المادة ٨٩٥ مدني التي سبق ذكرها . فتوزع المحكمة الديون المؤجلة وأموال التركة « بحيث يخص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجه معادلاً لصافي حصته في الإرث (م ٨٩٥ مدني) ، وترتب المحكمة التأمينات الكافية على أموال التركة لضمان حقوق دائي التركة طبقاً لأحكام الفقرتين الأخيرتين من المادة ٨٩٥ مدني . وتلتزم المحكمة في كل ذلك ، بقدر الإمكان ، القسمة التي أوصى بها المورث والاعتبارات العائلية والشخصية التي بنيت عليها هذه القسمة ، فلا تنحرف عنها إلا لضرورة . حتى تحترم بذلك وصية المورث بقدر المستطاع .

المبحث الثالث

شهر حق الإرث

٦٨ - موضوع حق الإرث للشهر منذ قانونه تنظيم الشهر العقاري :

لم يستقص قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ استقصاء تاماً المحررات

= ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٢ ، فجلس الشيوخ رقم ٩١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٦ - ص ٢٨٨) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

وبنسب في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

تنقيح مدني سوري م ٨٧٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٩ .

التي يجب شهرها . فقد اقتصر في التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، وترك الوقائع والتصرفات التي تنقل الملك بسبب الموت وهي الإرث والوصية . وقد كان عدم شهرهما ثغرة واسعة في نظام الشهر الذي قرره التقنين المدني السابق . فبقى ثغرة واسعة في نظام الشهر الذي قرره قانون التسجيل . فالوصية تصرف قانوني . ولكنها ليست بعقد من جهة وهي من جهة أخرى تنقل الملك بسبب الموت لافياً بين الأحياء ، ومن ثم لم تكن خاضعة للتسجيل طبقاً لأحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ . وكذلك حق الإرث لم يكن خاضعاً للتسجيل طبقاً لهذا القانون ، فالإرث ينقل الملك بسبب الموت لافياً بين الأحياء ، وهو ليس بعقد ، بل هو ليس بتصرف قانوني إذ هو واقعة مادية . وقد كان ذلك سبباً في قصور دفاتر الشهر عن أن تكشف عن تسلسل الملكية العقارية ، فكثيراً ما تنتقل هذه الملكية بالإرث أو بالوصية فتقطع حلقات السلسلة عند ذلك . لهذا لم يكن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ أساساً صالحاً للتمهيد لنظام السجل العيني مع وجود هذه الثغرات فيه . وقد سد هذه الثغرات قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ . ولا يزال معمولاً به حتى الآن . فقد استقصى هذا القانون جميع التصرفات الواجب شهرها . منشئة كانت أو كاشفة . فدخل فيما يجب شهره جميع التصرفات : سواء كانت بين الأحياء كالبيع أو بسبب الموت كالوصية ، وكانت الوصية لا تخضع للتسجيل من قبل كما سبق القول . وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً . وهي واقعة الإرث ، فأخضعها للشهر لما في شهرها من أهمية بالغة ، إذ هي من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الملكية (١) .

(١) اوسط : ٤ فقرة ٢٦١ ص ٤٥٩ و فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٤ - رتبول المذكورة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد : « ولعل نص هذه المادة والمادة التي تليها أهم ما أتت به المشروع المرافق من أحكام جديدة في صدد المحررات الواجب شهرها . ولم يكن بد من اتخاذ هذه الخطوة بالنص على شهر المحررات المشار إليها في هاتين المادتين ، تمهيداً وتيسيراً لوضع نظام السجلات العينية ، إذ لوحظ في شأن هذه المحررات أن عدم خضوعها لشهر في الماضي كان سبباً من أهم أسباب عدم استقرار الملكية العقارية في البلاد » .

لحق الإرث إذن لا يخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقاري، منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ وهو تاريخ العمل بهذا القانون . وعلى ذلك فحقوق الإرث التي نشأت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، بموت المورث قبل قبل هذا التاريخ ، لا تخضع للشهر وتنقل فيها الملكية للورثة ، وبستطيع هؤلاء أن يتصرفوا في العقارات التي ورثوها وتشهر تصرفاتهم دون حاجة إلى شهر حق الإرث . على أن قانون تنظيم الشهر العقاري نص في المادة ٥٣ منه على أن « تطبق المواد ٤٨ وما يليها على حقوق الإرث التي تنشأ ابتداء من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون . أما حقوق الإرث السابقة على هذا التاريخ ، فلا تطبق في شأنها المواد المذكورة إلا اختياريًا » (١) . فالقانون إذن أباح لمن تلقى حق الملكية بطريق الميراث قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ أن يقوم بشهر حق الإرث إذا أراد ذلك ، فالشهر ليس إجبارياً بالنسبة إليه وإن كانت له مصلحة عملية كبيرة في القيام به (٢) .

(١) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق صراحة على كل ذلك في الفقرة الأولى من المادة ١١ منه إذ تقول : « يجب شهر حق الإرث إذا كانت الوفاة لاحقة على ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ ، بتسجيل إشارات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التي يجب أن تتضمن نصيب كل وارث إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية . وإن أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من وارث في حق من هذه الحقوق . وإذا كانت الوفاة سابقة على أول يناير سنة ١٩٤٧ ، فيكون شهر حق الإرث اختياريًا » .

(٢) ويقول الدكتور محمود شوقي توضيحاً لذلك : « لاشك أن لورثة مصلحة كبيرة في الالتجاء إلى شهر حق الإرث المتعلق بهم ، سواء أكانت التركة قد آلت إليهم قبل أم بعد تنفيذ قانون الشهر العقاري . وذلك لأن شهر هذا الحق يقتضي من جانب مكاتب الشهر ومأمورياتها فحص أساس الملكية من الناحيتين القانونية والهندسية ، وتقسيم ذوى الشأن عقب إجراء أشهر مستندات كفيلة ببيان حقيقة حقوقهم وصحة حدود ومساحات العقارات التي آلت إليهم ، فميسر عليهم التوقف على بيان المقتدير المضبوقة هذه العقارات وإجراء أي تصرف لاحق دون حاجة إلى فحص جديد . وبزائد من أهمية هذا الإجراء أن مأموريات الشهر العقاري وأقسامها الهندسية تقوم بفحص ملكية العقارات وحقيقة مساحتها وبيان موقعها على الطبيعة وفي الخرائط وتعديدها تحديداً لا يقبل الشك بوضع حدائد عليها عند الاقتضاء ، مما يجعل الورثة على بينة من كافة عقارات التركة ويفنيهم عن القيام بهذه البحوث على حسابهم الخاص ، فيحقق لهم بذلك -

٦٩ - كيف يتم شهر من الإرث طبقاً لقانونه تنظيم الشهر العقاري :

تنص المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري على ما يأتي : « يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم ، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق . ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة . وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الوراثة (١) » .

ويتبين من هذا النص أن انتقال ملكية أموال التركة إلى الوراثة لا يتوقف على شهر حق الإرث كما يتوقف انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري على

- توفير كثير من الجهد والمال ، بينما يتحقق غرض المشرع فى ضبط جميع نفورات الملكية توطئة لتنفيذ نظام السجل المبنى . وتظهر قيمة إجراء شهر حق الإرث إذا ما علمنا أن المورث قلما يطلع الوراثة على حقيقة أملاكه العقارية أو يشاركهم فى أعماله ليعلموا مدى حقوقهم ومقاديرها الصحيحة . فإذا ما التجأ الوراثة إلى إجراء شهر حق الإرث ، وجدوا فى الهيئة القائمة على أمر الشهر خبر عون لهم على ضبط حقيقة ملكيتهم العقارية » (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملاً ص ٤٠٢ - ص ٤٠٣) .

وإذا ثبت حق الإرث لوارث قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وقام اختياراً بشهر هذا الحق ، فإنه يصعب القول بأن دائن التركة ، حتى يحتفظ بحق التبع وحق التقدم ، يمتنع عليه أن يوثق بحقه على هامش تسجيل حق الإرث . فدائن التركة التى فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ كان له حق التبع وحق التقدم ، دون إجراء أى شهر للدين الذى له طبقاً للأحكام التى كان معمولاً بها قبل قانون الشهر العقارى . فمن حقه أن يطعن إلى هذا المركز الذى كسبه ، ولا يلزمه أن يتكلف البحث فى مكتب الشهر المختلفة التى توجد فيها عقارات التركة ليرى هل شهر الوارث حق إرثه ليؤثر هو بحقه ، مادامت تركة مورثه قد فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ (أنظر عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٨٤)

(١) ين هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ١/١١ من مشروع) ، فيما عدا الإيضاح الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١١ من مشروع وقد سبق بيانه (أنظر آنفاً ص ١٩٥ هامش ١)

وتنص المادة ٢٢٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني على ما يأتي : « يكتب الوارث بطريق الوراثة المقارنات الواقعة على التركة ، غير أنه لا يمكنه التصرف فيها تجاه الغير إلا بعد تسجيلها فى السجل العقارى » .

شهر عقد البيع ، بل إن أموال التركة تنتقل ملكيتها إلى الورثة بمجرد وفاة المورث كما سبق القول . ولكن الوارث إذا تصرف في عقارات التركة قبل شهر حق الإرث ، لا يجوز شهر تصرفه هذا كما سئرى .

ويجوز أن يقوم بشهر حق الإرث كل ذى شأن . وأول ذوى الشأن فى هذا هم الورثة ، فيجوز لأى وارث . أو لمن يقوم مقام الوارث كالوكيل والولى والوصى والقيم ، أن يقوم بهذا الشهر . ويعتبر ذا شأن ، فيجوز له أن يقوم بالشهر ، دائن التركة والموصى له ومن تصرف له الوارث ومصنى التركة . أما الدائن فيشهر حق الإرث حتى يتمكن من أن يؤشر على هامش التسجيل بحقه ، فيكون له حق التتبع وحق التقدم فى عقارات التركة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم . وأما الموصى له فيستطيع أيضاً أن يقوم بشهر حق الإرث إذا كان دائناً للتركة ، وشأنه فى ذلك هو شأن الدائن (١) . وأما من تصرف له الوارث فانه لما كان لا يستطيع شهر التصرف الصادر له من الوارث إلا بعد شهر حق الإرث ، لذلك تكون له مصلحة فى شهر هذا هذا الحق وله أن يقوم به . ولمصنى التركة أن يقوم بشهر حق الإرث لأنه ينوب عن الورثة ، وهو بشهره حق الإرث يحمل الدائنين العاديين للتركة على أن يؤشروا بحقوقهم على هامش التسجيل ، فيكون هذا الشهر هو إحدى الوسائل للكشف عن هؤلاء الدائنين .

والمحضر الذى يسجل هو السند المثبت لحق الإرث . ويعتبر سنداً مثبتاً لحق الإرث لإعلام الورثة ، والحكم النهائى الصادر بثبوت هذا الحق فيما إذا قام نزاع بين الورثة واستصدر كلهم أو بعضهم حكماً نهائياً بثبوت حقهم فى الإرث ، وشهادة الإرث التى تعطى المحكمة للوارث فيما إذا خضعت التركة للتصفية الجماعية على النحو الذى سبق بيانه . وإذا اشتملت التركة على عقارات ، وجب أيضاً أن يسجل ، إلى جانب السند المثبت لحق الإرث قوائم جرد التركة بما تشتمل عليه من بيانات عن هذه العقارات .

(١) والموصى له بسهم شائع فى التركة ، كبيع التركة أرثتها ، يجوز له أيضاً شهر حق الإرث ويشهر فى الوقت ذاته الوصية الصادرة له بالسهم الشائع . ويجوز أن يشهر حق الإرث الموصى له بنصيب وارث معين أو بنصيب وارث غير معين (م ٤٠ - ٤٢ من قانون الوصية) . أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٦٦ .

ولا يدفع رسم عن شهر حق الإرث ، وذلك حثا للورثة على القيام بهذا الشهر^(١) . على أن ذلك لايعنى طالب شهر حق الإرث من دفع الرسوم الفرعية وهى رسوم التصوير ورسوم الحفظ^(٢) ، لأن كلا من التصوير والحفظ تقوم به الهيئة التى تباشر عمليات الشهر لمصلحة الورثة أنفسهم فهى فى مقابل خدمات أدت لهم ، وهى بعد رسوم ضئيلة لإرهاق فيها .

وجزاء عدم شهر حق الإرث ليس هو عدم انتقال ملكية العقارات إلى الورثة ، وإلا بقيت هذه العقارات دون مالك فى الفترة ما بين موت المورث وشهر حق الإرث . فلكية عقارات التركة إلى الورثة ، كما تنتقل ملكية متقولاتها ، بمجرد وفاة المورث كما قدمنا . ولكن إذا تصرف الوارث فى عقار للتركة قبل شهر حق الإرث ، كأن باعه أو رهنه أو أجرى القسمة فيه ، فإن تصرفه هذا لايجوز شهره ، ويجب على الهيئة التى تقوم على أعمال الشهر أن تمتنع عن شهر هذا التصرف حتى يتم شهر حق الإرث . والجزاء على هذا النحو غير كاف ، فكثير من الورثة يتلقون عقارات التركة ويتملكونها بمجرد وفاة مورثهم ، ولايعينهم بعد ذلك أن يشهروا حق الإرث ما داموا يستبقون هذه العقارات فى أيديهم ولايتصرفون فيها .

ولما كان الشهر يتم فى مكاتب الشهر التى تقع فى دوائرها عقارات التركة ، فمن الجائز أن يتم هذا الشهر بالنسبة إلى عقار واحد أو بعض عقارات التركة دون باقى العقارات فى مكتب الشهر الذى يقع فى دائرته هذا العقار أو هذه العقارات . وتقول الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشهر

(١) أما المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ، فقد نصت الفقرتان الأخيرتان (٣ ، ٤) من المادة ١١ منه على ما يأتى : « ويكون شهر حق الإرث فى خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم ، أما بعد ذلك فلا يقبل الشهر إلا بعد أداء الرسم المقر على نقل الملكية أو الحق العيى . وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة لحقوق الأثر القائمة تاريخ العمل بهذا القانون » .

وهذا النص فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق يعشى مع نص المادة ٣٠ من قانون السجل العيى (أنظر ما يلى فقرة ٧١) .

(٢) ومنعاً للبس صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٤٨ يضيف فقرة أخيرة إلى المادة الثانية من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ بشأن رسوم التسجيل ورسوم الحفظ ، وهذا نصها « كما تحصل رسوم الحفظ ورسوم التصوير على المحررات المتعلقة بشهر حق الإرث » .

العقارى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد : « ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة » . فلو أن التركة لها ورثة ثلاثة لكل منهم الثلث ، وقصر شهر حق الإرث على العقار أو العقارات الواقعة فى دائرة اختصاص أحد مكاتب الشهر دون العقارات الأخرى ، وأراد أحد الورثة أن يتصرف فى هذا العقار أو العقارات : اعتبرت العقارات التى تم الشهر فى شأنها وحدة يبنى على أساسها تصرف الوارث . ولما كان الوارث لا يملك فى التركة إلا الثلث . فهو لا يستطيع أن يتصرف إلا فى حدود هذا الثلث ، على اعتبار أن العقارات التى تم فى شأنها الشهر هى كل التركة . وذلك حتى لو ثبت أن هذه العقارات لا تتجاوز ثلث التركة ، وأن التركة لو قسمت بين الورثة لصح أن تقع كل العقارات التى تصرف فيها الوارث فى نصيبه .

٧٠ - إجراءات شهر من الإرث طبقا لقانونه تنظيم الشهر العقارى :

تبين المواد ٤٨ - ٥٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى الإجراءات الواجب اتباعها فى شهر حق الإرث . وتتلخص هذه الإجراءات فيما يأتى :

أولا - طلب شهر من الإرث : يوقع هذا الطلب الوارث طالب الشهر (وفى حالة تعدد الورثة يكتفى توقيع أحدهم عن جميع التركة أو عن جزء منها) ، أو من يقوم مقامه من وكيل أو ولى أو وصى أو قيم ، أو أى ذى شأن ، كدائن التركة ، أو الموصى له ، أو من تلقى حقا عينيا عقاريا من الوارث كالمشتري أو الدائن المرتهن ، أو مصنعى التركة . ويشتمل الطلب على بيانات خاصة بالمورث وهى اسمه ولقبه واسم أبيه وجده لأبيه وصناعته وديانته وجنسيته (١) ومحل إقامته وتاريخ ومحل وفاته (٢) ،

(١) وذلك حتى يمكن ، إذا ما ذكرت الديانة والجنسية ، معرفة الجهة المختصة بالنظر فى مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالمورث ومنها تركته ، وكذلك يمكن الوقوف على القانون الواجب التطبيق فى تعيين الورثة وأنصبتهم .

(٢) وذلك لتحديد مكان افتتاح التركة وتعيين القانون الواجب التطبيق إذا مات توفى مصرى فى بلد أجنبى ، أو أجنبى فى مصر ، أو أجنبى فى بلد آخر ، وكان المتوفى يملك عقارات فى مصر تخضع لقانون الشهر العقارى .

وبيانات خاصة بالورثة وهى أسماؤهم والقابهم وسهم وجنسياتهم ومحال إقامتهم وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم ، وبيانات خاصة بالعقار أو العقارات التى تشتمل عليها التركة وذلك بوصفها وصفا دقيقا وتعيين حدودها ومسطحاتها مع ذكر البيانات الخاصة بما على العقار من حقوق عينية كحق ارتفاق أو حق رهن والبيانات الخاصة بالتكليف وبأصل ملكية المورث ، وبيانات خاصة برسم الأيلولة بأن يذكر المبلغ المستحق لمصلحة الضرائب وما دفع منه وما بقى فى ذمة الورثة . ويقدم الطلب إلى مأمورية الشهر التى تقع العقارات فى دائرتها : فإذا كانت عقارات التركة تقع فى دائرة اختصاص أكثر من مأمورية قدم طلب مستقل لكل مأمورية عن العقار أو العقارات الواقعة فى دائرة اختصاصها . ويخضع طلب شهر حق الإرث للشروط التى تخضع لها طلبات الشهر بوجه عام ، من حيث التقديم والمدة والأسبقية بالنسبة إلى ما عداه من الطلبات .

ثانيا - المستندات التى ترفع بطلب شهر حق الإرث : ويجب أن يرفق بطلب شهر حق الإرث المستندات المؤيدة لما جاء فيه ، وهذه المستندات هى : (١) إعلام الوراثة أو الحكم النهائى الصادر بثبوت حق الإرث أو أى سند آخر مثبت لحق الإرث كسند الإرث الذى تسلمه المحكمة للوارث عقب انتهاء التصفية الجماعية للتركة . (٢) ما يثبت صفة من يقوم مقام الطالب إن كان يقوم مقامه أحد ، كقرار الوصاية أو القوامة وكالتوكيل . وإذا وكل الوارث شخصا فى إجراء شهر حق الإرث ، وجب أن تكون الوكالة وكالة خاصة ، لأن شهر حق الإرث يمكن الوارث من التصرف فى عقارات التركة فيلحق بأعمال التصرف ، والتوكيل فى أعمال التصرف يجب أن يكون توكيلا خاصا . وإذا وكل الوارث غيره فى بيع نصيبه فى التركة ، كان التوكيل الخاص فى البيع توكيلا ضمنيا فى شهر حق الإرث ، لأن الوكيل لا يتمكن من البيع إلا إذا أجرى هذا الشهر ، فشهر حق الإرث إجراء من إجراءات البيع (١) . (٣) كشوف رسمية

عن عقارات المورث مستخرجه من دفاتر للتكليف وعوائد المباني ، وذلك للثبوت من أن العقارات المبينة في الطاب ، سواء كانت أرضاً زراعية أو مباني ، هي بذاتها التي كان المورث يملكها حال حياته وظلت على ملكه إلى يوم وفاته ، لإمكان مطابقتها على مستندات ملكيته . (٤) مستندات ملكية المورث ، لأن شهر حق الإرث يتوقف على مدى صلاحية هذه المستندات لإثبات ملكية المورث . ومستندات الملكية هي نفس ما أوجب المشرع تقديمه عند بحث طلب الشهر بوجه عام (م ٢٢ سادساً من قانون الشهر العقاري) ، وقد حددت المادة ٢٣ من قانون الشهر العقاري على سبيل الحصر المحررات التي تقبل مستندات للملكية في الشهر بوجه عام . فإذا تعذر على طالب شهر حق الإرث تقديم هذه المحررات لأنه قد يكون دائماً للتركة أو موصى له أو وارثاً لا يتمكن من الحصول على هذه المحررات ، جاز الإكتفاء بكشوف رسمية من دفاتر التكليف ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة . وقد أجاز المشرع على هذا النحو إثبات ملكية المورث لعقارات التركة ، إذا كان سند ملكيته لها هو وضع اليد عليها ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة . وليس هذا مبنياً على التقادم المكسب للملكية (١) ، بل هو مبني على أن القانون يفترض أن المورث تلقى حق الملكية قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ بعقد غير مسجل وفي وقت كانت الملكية فيه تنتقل بمجرد التراضي ، ولا يستطيع طالب الشهر تقديم هذا العقد غير المسجل فاكتفى القانون في إثباته بإثبات أن العقارات كانت مكلفة باسم المورث قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ واستمرت كذلك إلى تاريخ الوفاة ، أي أن المورث كان واضعاً اليد عليها طوال هذه المدة (٢) .

(١) يدل على ذلك أن مدة وضع يد المورث على عقارات التركة من سنة ١٩٢٣ إلى تاريخ الوفاة قد تكون في بعض الفروض أكثر من خمس عشرة سنة ، وفي فروض أخرى أقل . فإذا كان تاريخ وفاة المورث هو سنة ١٩٦٠ ، وحسب أن تقدم كشوف التكليف عن ٣٨ سنة ، أي من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٦٠ . وإذا كان تاريخ الوفاة هو سنة ١٩٣٢ ، وأراد الورثة باختيارهم شهر حق الإرث بعد سنة ١٩٤٧ ، وجب أن يقدموا كشوف التكليف عن عشر سنوات فقط ، أي من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٣٢ (محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملًا ص ٤١٣) .

(٢) محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملًا ص ٤١٣ - ص ٤١٤ .

وإذا كان أصل ملكية المورث هو الميراث ، وجب أن يقرن الطلب بالسند المثبت لهذا الميراث كاعلام شرعى أو حكم . (٥) شهادة من مصلحة الضرائب برسم الأبلولة المستحق وما دفع منه (١) . فقد يحدث أن أحد الورثة هو الذى يقوم بشهر حق الإرث ، ويسدد الضريبة المستحقة عليه بالنسبة إلى نصيبه فى التركة ، فتسلمه مصلحة الضرائب شهادة بذلك . وفى هذه الحالة يشهر حق الإرث ، مع التأشير على الشهر بأنه غير صالح إلا فيما يتعلق بالوارث الذى قدم ما يفيد دفعه للضريبة . فإذا ما أراد وارث آخر أن يتصرف ، مستفيدا فى ذلك من قيام الوارث الأول بشهر حق الإرث ، كلفه المكتب المختص بتقديم ما يفيد دفع باقى الضريبة أو على الأقل دفع الجزء من الضريبة المستحق عليه (٢) .

ثالثا - عملية الشهر : فإذا تقدم طلب الشهر مع المستندات المشار إليها ، بحيث الطلب وأشر عليه بالقبول للشهر طبقا للإجراءات المتبعة فى بحث طلبات الشهر بوجه عام . وعند ذلك يقوم طالب الشهر بتحرير قائمة مجرد عقارات التركة المطلوب إجراء الشهر عنها ، ويقدم للمأمورية المختصة هذه القائمة ومعها صورة طلب الشهر المؤشر عليه بالقبول للشهر والمستندات السابق تقديمها مع الطلب فتوشر المأمورية على قائمة الجرد وعلى السند المثبت لحق الإرث بما يفيد صلاحيتها للشهر ، بعد التثبت من اشتغال قائمة الجرد على جميع البيانات الموضحة فى صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر . فسند الإرث وقائمة الجرد هما اللذان يشهران بعد كتابتهما على الورق الأزرق الخاص ، أما المستندات فترفق على اعتبار أنها مؤيدة للشهر ، وتكون جزءا متماها . وإذا تسلم الطالب سند الإرث والقائمة مؤشرا عليها بالصلاحية للشهر ، قدم القائمة إلى مكتب التوثيق لتتصدىق على توقيعه فيها . ثم يقدم سند الإرث والقائمة المصدق على التوقيع فيها إلى مكتب الشهر المختص لإجراء عملية الشهر النهائى ، طبقا لأحكام المادتين ٣١ و ٣٢ من قانون الشهر العقارى .

(١) وقد نفذ قانون الضريبة على التركات ابتداء من ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٤ ، فإذا كان المورث قد مات قبل هذا التاريخ لم تطلب هذه الشهادة لأن التركة لا تكون خاضعة للضريبة

(٢) محمود شوق فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٤١٥ - ص ٤١٦ .

٧١ - شهر حق الإرث في قانونه السجل العيني : وقد قدمنا (١)

أنه صدر بعد قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ قانون قانون السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ . وسرى عند الكلام في العقد كمسبب لكسب الملكية أن قانون السجل العيني لا يطبق إلا في الأقسام المساحية التي يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل ، وأن قانون تنظيم الشهر العقاري يستمر العمل به في المناطق التي لا يطبق نظام السجل العيني بها . ولما كان لم يصدر إلى اليوم قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العيني ، فإن قانون تنظيم الشهر العقاري لا يزال هو القانون المعمول به في جميع أنحاء البلاد . وقد بسطنا أحكامه فيما تقدم بالنسبة إلى شهر حق الإرث .

ونورد هنا النص الخاص بشهر حق الإرث في قانون السجل العيني ، فقد نصت المادة ٣٠ من هذا القانون على ما يأتى : « يجب قيد حق الإرث ، إذا اشتملت التركة على حقوق حينية عقارية ، بقيد السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التي يجب أن تتضمن نصيب كل وارث ، وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز للوارث أن يتصرف في حق من هذه الحقوق . ويكون قيد حق الإرث في خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العيني . وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار ، والقرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار هو قرار وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني ، ويحدد هذا القرار تاريخ سريانه على أن يكون هذا التاريخ لاحقاً لتصديق القرار بمدة ستة أشهر على الأقل . فتبدأ إذن مدة سريان الخمس السنوات المشار إليها في النص ، بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة ، من تاريخ سريان قرار وزير العدل على قسم من الأقسام المساحية يكون فيه المورث قد مات قبل سريان هذا القرار .

ويبدو أنه ، حتى في قانون السجل العيني ، تنتقل ملكية عقارات التركة إلى الوارث بمجرد وفاة المورث ، ولا يتوقف انتقال الملكية على قيد حق الإرث في السجل العيني . ذلك أن المادة ٣٠ من قانون السجل العيني سائلة الذكر تقول : « وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز لوارث أن يتصرف في حق من هذه الحقوق » . فجزاء عدم القيد إذن ليس هو عدم انتقال الحق إلى الوارث ، بل هو عدم جواز تصرف الوارث في هذا الحق بعد أن يكون قد انتقل إليه .

وتنص المادة ٤٦ من قانون السجل العيني على أن « تقدم طلبات القيد إلى مأمورية السجل العيني التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، وفقا للإجراءات والأوضاع المشار إليها باللائحة التنفيذية » . وهذه اللائحة التنفيذية ، يصدر بها قرار من وزير العدل ، وهذا القرار لم يصدر إلى اليوم .

وبمقارنة المادة ٣٠ من قانون السجل العيني سائلة الذكر بالمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري المتعلقة بشهر حق الإرث والتي سبق ذكرها ، يتبين أن نظام شهر حق الإرث في قانون السجل العيني يقرب كثيرا من نظام شهر هذا الحق في قانون تنظيم الشهر العقاري ، وقد بحثنا تفصيلا هذا النظام الأخير . وأهم الفروق ما بين النظامين هو ما يأتي :

(١) جعل قانون الشهر العقاري جزاء عدم تسجيل حق الإرث هو عدم جواز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في عقارات التركة ، فتصرف الوارث يكون إذن جائزا والذي لا يجوز هو شهر هذا التصرف . أما قانون السجل العيني فيجعل الجزاء هو عدم جواز التصرف في عقارات التركة ، فغير الجائز إذن هو التصرف ذاته لا مجرد شهر التصرف ، وهذا جزاء أشد . (٢) ينص قانون الشهر العقاري على أن شهر حق الإرث في أى وقت يكون بدون رسم ، في حين أن قانون السجل العيني يجعل فيها حق الإرث بدون رسم إذا تم هذا القيد في خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العيني ، وفي هذا حث للوارث على المبادرة إلى

قيد حق الإرث حتى لا يتراخى القيد إلى ما بعد الخمس السنوات فيضطر إلى دفع الرسم . (٣) أجاز قانون الشهر العقاري قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة ، وقد سبق بيان ذلك (١) . أما قانون السجل العيني فلم ينص على هذه الرخصة ، ويبدو أنه يتطلب أن يقيد الوارث حق الإرث بالنسبة إلى جميع عقارات التركة ، وإلا لم يحز التصرف في أى عقار منها ، حتى بالنسبة إلى نصيبه في هذا العقار وحتى لو قيد حق الإرث بالنسبة إلى هذا العقار . (٤) التسجيل في قانون الشهر العقاري ليست له حجة مطلقة ، أما القيد في السجل العيني فله هذه الحجة ، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العيني في هذا الصدد على أن « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

الفصل الثاني

الوصية

(Testament)

٧٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩١٥ مدني على ما يأتي :

« تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » (٢) .

(١) أنظر آنفاً ص ١٩٨ - ص ١٩٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها ، وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٦ في المشروع النهائي ، بعد حذف العبارة الأخيرة وهى « وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استيفض من عبارة « النصوص التشريعية المستمدة منها » بعبارة « والقوانين الصادرة في شأنها » ، لأن المراد هو التشريعات التى تصدر فى شأن الوصية ، وأصبح رقم المادة ٩١٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٥) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذا التقنين كان يشمل على نص (م ٥٥ فترة أولى / ٧٨ فترة أولى) يعرض لأحكام القانون الدولي الخاص في الوصية ، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الموصى بجنسيته (١) .

ويقابل النص التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٧٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩١٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٢٨ وم ٢٣١ (٢)

(١) التقنين المدني السابق م فقرة أولى / ٧٨ فقرة أولى : وكذلك تراعى في أهلية الموصى لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في الأحوال المختصة بالملة (قانون الدولة) التابع لها الموصى .

ويتبين من هذا النص أن المعنى المقصود هو أن الوصية تسرى عليها أحكام قانون الدولة التي ينتمي إليها الموصى بجنسيته ، فيكون في صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لا في نطاق القانون الداخلي . ويكون المقابل لهذا النص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدني الجديد وتجري على الوجه الآتي : « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى لم من صدر منه التصرف وقت موته » . وقد صدر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ يعدل نص المادة ٥٥ مدني أهل بما يجعله واضحاً في هذا المعنى ، وصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ينص على أن « قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هي قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين » (أنظر آنفاً ص ٧٥ هامش ١ - محمد كامل مرسي ٥ فقرة ٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٦ : ١ - يكسب

الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به . ٢ - وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة . ٣ - لا يمنح الأجنبي حق الاستفادة من الرصية المقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين .
التقنين المدني الليبي م ٩١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٨ : ١ - يكسب الموصى له بطريق الوصية المال

الموصى به . ٢ - وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة .

قانون الملكية المقارية اللبناني م ٢٢٨ : يكتسب حق القيد في السجل العقاري بالطرق

الآتية : (١) . . . (٢) بالهبة بين الأحياء وبالوصية . (٣) . . م ٢٣١ : لا يكون للأجنبي حق بالإرث أو بالوصية في التركة المقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين واللبنانيين هذا الحق . وتخضع تركة الأجنبي المقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده .

ويثبت من النص سالف الذكر أنه يقرر مبدأ عاما جوهريا، هو أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها . ويستوى في ذلك وصية المسلم ووصية غير المسلم ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما المشروع فقد أحال على الشريعة الإسلامية كل الأحكام الموضوعية للوصية . وقد أصبحت الشريعة الإسلامية بذلك هي التي تنطبق من حيث الموضوع على وصايا المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين (١) » .

ثم تقول المذكرة الإيضاحية أيضا : « وعرض المشروع لمسألتين في الوصية على جانب كبير من الأهمية : المسألة الأولى التصرف الصادر في مرض الموت ، وقد اعتبر كل عمل قانونى يصدر من شخص في مرض الموت تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية . والمسألة الثانية التصرف الصادر لأحد الورثة من مورث يحتفظ بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، وقد جعل هذا التصرف تسرى عليه هو أيضا أحكام الوصية (٢) » . والمسألتان المشار إليهما في المذكرة الإيضاحية يحققان حماية الورثة من الوصايا المستترة .

ثم إن قانون تنظيم الشهر العقارى ، ومن بعده قانون السجل العيني ، عالج كل منها نقضا خطيرا كان في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، فأصبح الآن واجبا شهر الوصية حتى تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين ذوى الشأن . ويخلص مما تقدم أن المسائل التي يجب بحثها في الوصية هي : (١) تطبيق أحكام الشريعة في الوصية . (٢) حماية الورثة من الوصايا المستترة . (٣) شهر الوصية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ - وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا هو المادة ١٣٥٩ منه يجرى على الوجه الآتى : « وتسرى على الوصية ، من حيث الشكل ومن حيث الجزاء الذى يترتب على مخالفته ، الأحكام الخاصة التي توضع لذلك » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ أن قانون الوصية يشتمل على أحكامها من حيث الشكل ومن حيث الموضوع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٣ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ .

المبحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الوصية

٧٣ - قانون الوصية المنع من الشريعة الإسلامية هو الذي يسرى

على الوصية : كانت المحاكم الشرعية تطبق في الوصية أحكام المذهب الحنفي في أرجح أقواله ، وكانت هذه الأحكام غير مقننة . وقد قننت في قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، كما قننت أحكام الميراث في قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، ولنفس الأسباب (١) . وصار هذا القانون هو الذي يسرى على الوصية ، وبستوى في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين . فوصية غير المسلم من المصريين تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية قبل أن تقنن ، ثم قانون الوصية بعد تقنين هذه الأحكام ، وقد استقر القضاء على ذلك حتى قبل صدور قانون الوصية (٢) .

ويشتمل قانون الوصية على بابين : (الباب الأول) في أحكام عامة ، وينتظم فصولا ثلاثة : الفصل الأول في تعريف الوصية وركنها وشروطها ، والفصل الثاني في الرجوع عن الوصية ، والفصل الثالث في قبول الوصية

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٢ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٤ - وقد قضت محكمة النقض بأن وصية غير المسلم ، كوصية المسلم ، لا تصح إلا لموجود حقيقة أو حكماً ، ولا تجوز بأكثر من الثلث ، ولا تجوز لوارث إلا بإجازة باقي الورثة (نقض مدني ٢١ بونه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) . وقضت أيضاً بأن الميراث عموماً ، ومنها الوصية ، هي وحدة واحدة ، وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، وفق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤) .

وقد تدخل المشرع في الأمر ، بعد صدور هذا الحكم الأخير ، فأصدر في سنة ١٩٤٤ قانونين رقم ٢٥ ورقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ اللذين سبقت الإشارة إليهما (انظر آنفاً ص ٢٠٦ هامش ١) ، فنص في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن « قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هي قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين » . وعُدل بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ المادتين ٥٤ و ٥٥ مدني وطني قديم فاستبدل بعبارة « الأحوال الشخصية المختصة بالملّة » عبارة « قانون البلد » .

وردها . (والباب الثاني) في أحكام الوصية ، وينتظم فصولا مبيعة :
 الفصل الأول في الموصى له ، والفصل الثاني في الموصى به ، والفصل
 الثالث في الوصية بالمنافع ، والفصل الرابع في الوصية بالمرتببات ، والفصل
 الخامس في أحكام الزيادة في الموصى به ، والفصل السادس في الوصية
 الواجبة ، والفصل السابع في تراحم الوصايا .

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب والفصول من الأحكام ،
 فهي من مباحث الفقه الإسلامى . ولكننا نستعرض هنا في إيجاز تام ، كما
 استعرضنا في الميراث ، الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها قانون الوصية .
 فنعرض للمسائل الآتية : (١) شكل الوصية وشروط صحتها (م ١ - ١٧ من
 قانون الوصية) . (٢) رجوع الموصى عن الوصية (م ١٨ - ١٩ من قانون
 الوصية) . (٣) قبول الموصى له للوصية ورده إياها (م ٢٠ - ٢٥ من قانون
 الوصية) . (٤) الموصى له (م ٢٦ - ٣٦ من قانون الوصية) . (٥) الموصى
 به (م ٣٧ - ٧٥ من قانون الوصية) . (٦) الوصية الواجبة (م ٧٦ - ٧٩
 من قانون الوصية) .

٧٤ - شكل الوصية وشروط صحتها : تنص المادة الأولى من قانون

الوصية على أن « الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت » .
 ونرى من ذلك أن الوصية استثناء من الحكم القاضى ببطلان التعامل في التركة
 المستقبلية ، إذ هى تعامل من الموصى في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة ، وقد
 أجزت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية .

وتعرض المادة الثانية من قانون الوصية لصيغة الوصية وشكلها ، فننص
 على أن « تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما
 انعقدت الوصية بإشارته المفهومة . ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية
 أو الرجوع القولى عنها ، بعد وفاة الموصى ، في الحوادث السابقة على سنة
 ١٩١١ الإفرنجية . إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبه التصنع تدل على
 صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الإفرنجية فلا تسمع
 فيها دعوى ما ذكر ، بعد وفاة الموصى ، إلا إذا وجدت أوراق رسمية
 أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ،

أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها .
والذى يعنينا من هذا النص هو شكل الوصية ، وقد جعل القانون الجزاء على الإخلال به هو عدم سماع الدعوى كما هو المألوف فى أحكام الشريعة الإسلامية .
ويخلص من النص أن الوصية ، منذ سنة ١٩١١ ، يجب أن تتخذ أحد أشكال ثلاثة : (١) تحرر بها ورقة رسمية . (٢) تحرر بها ورقة عرفية بصدق فيها على إمضاء الموصي أو ختمه . (٣) تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة جميعها بخط الموصي وموقع عليها بامضائه (١) .

وهناك شروط لصحة الوصية ، بعضها فى الموصي وبعضها فى الموصى له وبعضها فى الموصى به . فيشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع ، على

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن مورثة الطاعنين تمسك فى دفاعها بأن المحرر إن لم يكن اشهاراً بوقف فهو وصية ، ورد على هذا الدفاع بأن المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تشترط فى الوصية أن يصدر بها إشهاد رسمى أو يحرم بها عقد هرقى يصدق فيه على إمضاء الموصي بخطه وموقع عليها بامضائه ، فإذا لم تتم الوصية على هذا الوجه كانت باطلة ، ولم يتحقق شئ من ذلك ، ولم تتقدم المدعية بما يدل على وجود وصية ، فإن الحكم يكون قد خالف ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية بقولها : « . . . إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها » . وقد تعجب بهذه المخالفة من مواجهة دفاع الطاعنين من أن المحرر المتنازع عليه مكتوب جميعه بخط المتوفى وعليه إمضاه وتحقيقه ، وهو دفاع جوهري من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٠ ص ٣٢٧) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه لا يكتفى أن يوقع الموصي على الوصية بخطه وبعدة إهامة ويضعها فى مظروف مئلق ويودع المظروف بمكتب التوثيق (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١١٩ ص ٨٧٧) .

وشكل الوصية المنصوص عليه فى القانون مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار ، وليس ركناً فى الوصية ، فلواقرت الورثة بالوصية أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا سمعت الدعوى وقضى بالوصية . وعلى ذلك لا تكون الوصية تصرفاً شكلياً ، والكتابة المطلوبة ، على مختلف أنواعها ، ليست إلا لجواز سماع الدعوى لا لانعقاد الوصية ، فهى وحدها الأدلة التى لا يقبل غيرها فى الإثبات . وقد نصت المادة الثانية من قانون الوصية ، كما رأينا ، على أن « تنعقد الوصية بالكتابة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المنهية » .

أنه إذا كان مـجـبـوراً عليه لـسـفـه أو غفلة أو بـلـغ من العـسـا ثـمـانـي عـشـرة سـنـة جـازت وصيته بأذن المحكمة . وبشـرط في الوصـي أنه أن يـكـون معلوماً ، وأن يـكـون مـوجـوداً عـند الوصية إن كان مـعـيـناً . فإنا لم يـكـن مـعـيـناً كـالوصية لأولاد فلان فلا يشترط أن يـكـون مـوجـوداً عـند الوصية ولا وقت موت الموصي (١) . وتصح الوصية مع اختلاف الدين والملة . وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يـكـن الموصي تابعاً لبلد إسلامي والموصي له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصي . وبشـرط في الموصي به أن يـكـون مـمـا يـجـرى فيه الإرث أو يصح أن يـكـون محلاً للتعاقد حال حياة الموصي . وأن يـكـون متقوماً عـند الموصي إن كان مـالاً . وأن يـكـون مـوجـوداً عـند الوصية في ملك الموصي إن كان مـعـيـناً بالذات (٢) . وتصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يـعـيـن لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه . وتكون لازمة بوفاة الموصي . فان زادت قيمة ما عيـن لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية (٣) . وتبطل الوصية نجون الموصي جنونا مطبقاً إذا اتصل بالموت (٤) . ويموت الموصي له

(١) وتصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤونها ما لم يـتـمـن المـصـرف يعرف أو دلالة ، وتبطل الوصية به تعالى وأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف في وجوه الخير (م ٧ من قانون الوصية) . وتصح الوصية بجهة معينة من جهات البر متوجداً مستقبلاً ، فان تعذر وجودها بطلت الوصية (م ٨ من قانون الوصية) .

(٢) وإذا غير الموصي معالم العين الموصى بها أو زاد في عمارتها شيئاً لا يستقل بنفسه كالترمة والتجصيص ، كانت العين كلها وصية . وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء . شارك الورثة الموصي له في كل العين بقيمة الزيادة فائمة . وإذا هدم الموصي العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالها الأولى ولو مع تغيير معالمها ، كانت العين بحالتها الجديدة وصية . وإن أعاد البناء على وجه آخر . اشترك الورثة بقيته مع الموصي له في جميع العين . وإذا جعل الموصي من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مماوكة له وحدة لا يـمـكـن معها تسليم الموصى به منفرداً ، اشترك الموصي له مع الورثة بقدر قيمة وصيته . أنظر في كل ذلك المواد ٧١ و ٧٢ و ٧٥ من قانون الوصية .

(٣) م ١٣ من قانون الوصية ، وهذه هي قسمة المورث التي سبق بيانها (أنظر آنفاً فقرة ٦٦ - فقرة ٦٧) .

(٤) منه أنه يـمـكـن الوصي الرجوع عن وصية ثلثة أجيال متتابعين ، فسرعاة حقه أبحاث الوصية (المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية) .

قبل موت الموصى ، وبهلاك الموصى به إذا كان معيناً وهلك قبل قبول الموصى له . ولا تبطل بالحجر على الموصى للسنة أو الغنلة^(١)

٧٥ - رجوع الموصى عن الوصية : ويجوز للموصى الرجوع عن

الوصية كلها أو بعضها ، صراحة أو دلالة . ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به^(٢) .

ولا يعتبر رجوعاً عن الوصية جحدتها (إنكارها) ، ولا إزالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها ، كل ذلك إلا إذا دلت قرينة على أن الموصى يقصد به الرجوع عن الوصية .

٧٦ - قبول الموصى له للوصية ورده بإياها : ولا تلزم الوصية

إلا بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها من له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة . ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمّت الوصية بدون توقف على القبول . وإذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر ، لزمّت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد . وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون ، لزمّت بالنسبة إلى من قبلوا وبطلت بالنسبة إلى من ردوا . وإذا قبل الموصى له الوصية على النحو المتقدم ، استحق الموصى به من وقت الموت^(٣) ، ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد

(١) ويمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً ، سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهداً زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى (م ١٧ من قانون الوصية) .

(٢) ويعتبر تصرف الموصى فى الموصى به رجوعاً عن الوصية ، حتى لو كان هذا التصرف قبلاً للفسخ وفسخ ، أو قابلاً للإبطال وأبطل ، أو كان باطلاً .

(٣) الوصية إذن إرادة منفردة تصرف من موصى . وليست بعقد بين الموصى والموصى له ، وإلا لاستحق الموصى له الموصى به من وقت القبول لا من وقت موت الموصى .

الموت . وتكون زوائد الموصى به بعد وفاة الموصى : من وقت وفاة الموصى إلى وقت قبول الوصية . ملكاً للموصى له لأنها أثناء ملكه . ولا تعتبر وصية فلا تدخل في حساب خروج الوصية من التثنية . وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

وإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد وفاة الموصى : بطلت الوصية فيما رد ، أما الرد قبل وفاة الموصى فلا يبطل الوصية^(١) .

ولا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور موت الموصى . ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له ، بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف ، عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول . وإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية أو ردها ، قام ورثته مقامه في ذلك^(٢) .

٧٧ - الموصى له : تصح الوصية للمعدوم : وتصح الوصية بالمنافع لطبقتين ، وتصح الوصية لمن لا يحصون كطلبة الجامعة ويختص بها المحتاجون منهم^(٣) . وإذا كانت الوصية لمعينين ، فمن كان غير أهل للوصية منهم عند موت الموصى يعود نصيبه في الوصية إلى التركة . وتصح الوصية للحمل في الحالتين الآتين : (١) إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية ، وولد الحمل حياً لثلاثة وخمسة وستين يوماً فأقل من وقت الوصية .

(١) وإذا رد الموصى الوصية بعد أن قضاها . وقبل منه ذلك أحد من الورثة : انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده (م ٢٤ من قانون الوصية) .

(٢) أما عند الخفية فالذي ينتقل إلى ورثة الموصى له هو الشيء الموصى به ذاته ، لأن الوصية عندهم تتم بالإيجاب مع اليأس من أن يردها الموصى له ، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد فقد تحقق اليأس من الرد . واعتبر الموصى به ملكاً للموصى له . ودخل في تركته ، فينتقل مع سائر حقوق التركة إلى الوارث . وأما عند المالكية والشافعية والحنابلة فالذي ينتقل إلى ورثة الموصى له هو حق قبول الوصية . إذ الوصية عندهم لا تتم إلا بقبولها من الموصى له بعد موت الموصى . فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل الوصية انتقل حق القبول أو الرد إلى ورثته ، وبذلك قانون الوصية . انظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي لل المؤلف ص ٦٤ .

(٣) انظر في كل ذلك المواد ٢٦ - ٣٠ من قانون الوصية .

(١) إذا لم يتر الموصى بوجود الحمل ، وولد الحمل حياً لمايتين وسبعين يوماً فأقل من وقت الوصية . أما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائمة فتصح الوصية إذا ولد الحمل حياً لثلاثمائة وخمسة وستين يوماً فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائمة . وإذا كانت الوصية لحمل من معين ، اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبة الحمل من ذلك المعين . وإذا مات الموصى قبل انفصال الحمل ، أوقفت غلة الموصى به إن كانت له غلة حتى ينفصل الحمل حياً فتكون له ، وإلا كانت لورثة الموصى . وإذا جاءت الحامل ، في وقت واحد أو في وقتين بينها أقل من ستة أشهر ، بولدين حين أو أكثر ، كانت الوصية بينهم بالتساوى ، إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك . وإن انفصل أحدهم غير حياً ، استحق الحى منهم كل الوصية . وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة ، كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان ، وتكون لورثة الموصى في الوصية بالمنافع .

٧٨ - الموصى به: وتصح الوصية بالثلث (١) للوارث (٢) وغيره ،

(١) ولا يدخل في حساب الثلث المصروفات التي يحكم بها على التركة لمصلحة الموصى له إذا نوزع في صحة الوصية ، ولا فوائد التأخير عن مبلغ الوصية من وقت المطالبة للقضائية بهذا المبلغ (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٤ ص ٨٣٧) .

(٢) ولم تكن الوصية تجوز للوارث إلا بإجازة سائر الورثة . وقد قضى بأنه إذا اشترط الورثة حين توقيعهم بإجازة الوصية على سندها الصادر من المورث لأحدهم أن يبقى السند لدى أمين متفق عليه ، وألا يسلم لمن صدر له إلا برضائهم ، فهذه الإجازة تقع باطلة لاقتنائها بما يبطل مفعولها ، وهو عدم تمكين الصادر له السند من الانتفاع به إلا بمشيئتهم (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٢٧) . ثم صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فأجاز الوصية للوارث بالقدر الذي تجوز به لغير الوارث . ومن ثم تنفذ الوصية للوارث في ثلث التركة من غير إجازة سائر الورثة إذ مات الموصى وقت نفاذ قانون الوصية ، حتى لو كانت الوصية قد صدرت قبل ذلك (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٤٤ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤ - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) . أما إذا مات الموصى قبل نفاذ قانون الوصية ، فلا تنفذ الوصية للوارث من غير إجازة سائر الورثة (نقض مدني ٢٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٩ رقم ٤٣ ، ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٣ رقم ١ - ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ نفس مجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٣ رقم ٢ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٤) .

وتنفذ من غير إجازة الورثة^(١) . وتنصح بما زاد على الثلث . ولا تنفذ في الزيادة^(٢) إلا إذا أجازها الورثة بعد موت الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يحيزونه^(٣) . وتنفذ وصية من لادين عليه ولا وارث له

(١) انظر في أن الموصي ، حتى في حدود ثلث التركة ، بتقييد بعدم التمسك في استعمال حق الإيصاء : حسن كيرة ص ٢١ - ص ٢٢ .

(٢) وقد كان الشروع التهدي للفقهاء يفتي على نص المادة ١٣٥٢ منه وتجري على الوجه الآتي : « إذا تجاوزت الوصية في المقار القدر الذي يجوز الإيصاء به ، فإن إبطال الوصية فيما زاد على هذا القدر لا يضر بحق الغير إذا كسب بحسن نية حقاً عينياً على هذا المقار » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التهدي في صدد هذا النص : « لما كان من الواجب حماية الغير حسن النية الذي يكسب حقاً عينياً على ما يجاوز القدر الذي يجوز الإيصاء به ، كما إذا صدرت وصية بنصف التركة ، ورتب الموصي له رهنًا على كل الموصى به ، ولم تجز الورثة الوصية فأنقصت إلى الثلث . فإن سدس التركة يرجع إلى الورثة محملاً بالرهن وهم يرجعون على الموصي له . . . ولا حظ أن إقصاء الوصية إلى القدر الجائز لا يمتد إبطالا أو فسخاً ، بل هو عدم نفاذ في حق الورثة . فوجب إذن أن يكون هناك نص خاص لحماية الغير حسن النية في هذه الحالة ، إذ هي لا تدخل في حالات الإبطال أو الفسخ التي وردت فيها نصوص أخرى » . وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص ، ولكن مجلس النواب حذفه اكتفاء بالمادة ١٠٣٤ مدني (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠ في الخاضع) .

أما المادة ١٠٣٤ مدني الذي أريد الاكتفاء بها فتخص على أنه « يبيح قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . وهذا النص ، وإن كان يشمل كل أسباب زوال الملكية إذ يقول « أو زواله لأي سبب آخر » ، فيدخل عدم نفاذ الوصية في حق الورثة ، إلا أنه مقصور على حماية الدائن المرتهن دون غيره من كسب حقاً عينياً آخر على المقار . والنص الشامل في هذا الصدد هو ما جاء في قانون تنظيم الشهر العقاري (م ١٥ - ١٧) ، إذ يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، فتدخل إذن دعوى عدم نفاذ الوصية في حق الورثة . ويترتب على هذا التأشير أن حق المدعي إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون يكون حجة على من رتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير . انظر أيضاً المادة ٧٨ مدني وهي خاصة ببيع المريض مريض الموت ، وتقضي بأنه لا تسري أحكام هذا البيع (وهي في جملتها أحكام الوصية) إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بموثر حقاً عينياً على العين المبيعة .

(٣) ولا تصح الإجازة حال حياة الموصي ، ولا يعتد بها إلا إذا صدرت بعد موته تطبيقاً للشريعة الإسلامية (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٨ رقم ٢٥٠ ص ٧٤) . وإذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تنفي بالوصايا ، أو لم يحيزوها وكان الثالث لا ينفك بها ، قسمت التركة أو الثلث بحسب الأحوال بين الوصايا بالخاصة ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بين نصيبه إلا من هذه العينة (م ٨٠ من قانون الوصية) .

بكل ماله أو بعضه . من غير توقف على إجازة الخزانة العامة لأنها لا تعتبر وارثاً . وتنصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين . ولا تنفذ إلا براءة ذمته منه وذلك في ثلث التركة ، فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في ثلث الباقي بعد وفاء الدين . وإذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى به ، كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين (١) .

وتنصح الوصية بسهم شائع في التركة ، كربع التركة أو ثلثها (٢) ،

(١) انظر آنفاً ص ١٧٥ هامش ١ - وفي حساب خروج الوصية من الثلث لا يدخل تمام الموصى به الحادث بعد موت الموصى . فهذا التمام ملك خالص للموصى له كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٧٦) . ويملك الموصى له التمام بمجرد موت الموصى ، حتى قبل تسجيل الوصية حين يكون الموصى به لا يزال ملكاً للورثة ، إذ الوصية غير المسجلة ترتب التزاماً في ذمة الورثة بتسليم المقار الموصى به بمجرد موت الموصى ، ومقتضى هذا الالتزام أن يكون للموصى له تمام الموصى به وعليه نفقته من وقت موت الموصى . والوصية غير المسجلة في ذلك كالبيع غير المسجل . نفي البيع يكون « للمشتري ثمر المبيع وتماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً » (م ٤٥٨ / ٢ مدني) . انظر في ذلك إسماعيل غانم ص ١٤٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٠ ص ٧٩٤ - حسن كيرة ص ١٧ - ص ١٨ وص ١٩ - ص ٢٠ .

ومن رأينا أن تسجيل الوصية ، كتسجيل البيع ، له أثر رجعي في العلاقة ما بين الموصى له والورثة . وبهذا الأثر الرجعي نعلل أن يكون تمام الموصى به للموصى له من وقت موت الموصى حتى قبل تسجيل الوصية ، إذ بتسجيل الوصية تنتقل الملكية إلى الموصى له ويستند انتقالها إلى موت الموصى لا إلى وقت التسجيل ، وذلك فقط في العلاقة فيما بين الموصى له والورثة كما قدمنا . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا شك في أن تسجيل الوصية لا ينقل ملكية الموصى به إلا من وقت التسجيل . انظر ما قدمناه في هذه المسألة في عقد البيع الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٦ .

(٢) ويلاحظ أن الموصى له بسهم شائع في التركة لا يستحق هذا السهم إلا بعد سداد ديون التركة ، فيكون مستولاً عن هذه الديون بنسبة سهمه الشائع . وتنص المادة ٤٤ من قانون الوصية على أنه « إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ، وكان فيها دين أو مال غائب ، استحق الموصى له سهمه في الحاضر منه ، وكذلك حضر سهمه استحق سهمه فيه » . وانظر أيضاً المادة ٤٥ من قانون الوصية .

وذلك في حدود الثلث على ما سبق القول . ويعتبر الموصى له في هذه الحالة خلفاً عاماً للموصى . شأنه في ذلك شأن الورثة (١) .

وتصح الوصية بمنفعة العين ، فإذا كانت العين الموصى بمنفعتها تختمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصى به ، جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه ، بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها . وإذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة ، فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة . وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة ، استحق الموصى له المنفعة مدة حياته في جميع هذه الأحوال ، وذلك بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة في مدى ثلاث وثلاثين سنة من

(١) وتجاوز الوصية بمثل نصيب وارث معين ، وتنص المادة ٤٠ من قانون الوصية في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى ، استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة » . فيزاد سهم هذا الوارث على سهام فريضة التركة ، ويكون نصيبه للموصى له ، والباقي للورثة يقسم بينهم حسب فرائضهم . كذلك تجوز الوصية بنصيب وارث غير معين ، وتنص المادة ٤١ من قانون الوصية في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه ، استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين في الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين » . وتنص المادة ٤٢ من قانون الوصية على أنه « إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ونصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه سواء أعيين الموصى الوارث أم لم يعبه ، قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها . ويقسم الثلث بينهما بالمخاصة إذا ضاق عن الوصيتين . وإذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع ، قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة » . فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه لشخص وبربع التركة لشخص آخر ، قدرت الوصية بالنصيب بما تساويه من سهام التركة كونه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بين الوصيتين إن لم يسمهما ولم تجز الورثة . وعلى ذلك إذا ترك الموصى ابنتين كانت الفريضة سهمين اثنتين ، يزداد عليهما سهم الموصى له كأند لا وصية لغيره فيكون له الثلث . وتكون الوصيتان ثلثاً وربعاً ، فهما أكثر من ثلث التركة . فإذا لم يجز الابنان الزائد على الثلث ، كان الثلث بين الموصى لهما ، أربعة سهام لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع . وإذا كان ، بدل الوصية بالسهم الشائع ، وصية بعين من أعيان التركة أو بدراهم مرسلة ، قدرت العين أو الدراهم بما تساويه من سهام التركة ، و قدرت الوصية بالنصيب كذلك ، وقسم الثلث بين الوصيتين على الوجه السابق .

وفاة الموصى . وإذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها ، وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين ، قدرت الوصية بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها . فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين ، قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة . وإذا كانت الوصية بحق من الحقوق . قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونها . وتسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ، وبشراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها ، وباسقاط حقه فيها لورثة الموصى يعرض أو بغير عوض ، وباستحقاق العين .

وتصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة . فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم تجز الورثة الزيادة ، يوقف منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة ، أو إلى تنتهى المدة ، أو إلى أن يموت الموصى له . ويجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه ، بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو بعينها القاضي جميع المرتبات نقدا ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية . فإذا مات الموصى له قبل نفاد المبلغ المودع ، رد الباقي لورثة الموصى . وبزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص (١) .

٧٩ - الوصية الواجبة: وإذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات

في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته . وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث . بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله . وتكون هذه

(١) وإذا تزاخت الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم ، أو انقضت جهة من

الجهات الموصى لها بالمرتب ، كان نصيبها لورثة الموصى (م ٨٢ من قانون الوصية) .

لوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات . ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا . على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً ترتيب الطبقات .

وإذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ، وإن أوصى له بأقل وجب له ما يكمله . وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر . وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه . ويؤخذ نصيب من لم يوص له ، ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب . من باقى الثلث . فإن ضاق عن ذلك ، فنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

والوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا . فإذا لم يوص الميت إلى من وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم ، استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى . وإلا فنه ومما أوصى به لغيرهم . وفى هذه الحالة الأخيرة والحالة السابقة عليها ، يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمخاصة (١) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية فى مدد الوصية الواجبة ما يأتى « وضعت : هذه المواد (٧٦ - ٧٩) لتلافى حالة كثرت منها الشكوى ، وهى حالة الأحفاد الذين يموت آباؤهم فى حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم ولو حكما كالفرق والهدى والحرق ، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث ، مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت ، وقد يكونون فى عياله بقوتهم وأحب شئ إلى نفسه أن يوص لهم بشئ من ماله ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئاً أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية - قد قضت المادة ٧٦ أنهم إذا كانوا غير وارثين ولم يوص لهم أحد أو أخذوا بمثل نصيب أصلهم ، فإن الوصية تجب لهم بإيجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على ألا يزيد على الثلث - وهى تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وهم من لا ينتسبون إلى الميت بأنثى وإن نزلت طبقاتهم والأصل يحجب فرعه دون فرع غيره . ويقسم نصيب كل أصل وهو ابن الميت أو بنته على من يوجد من فروعه قسمة ميراث ، كما لو كان أصولهم الذين ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتين - ولا يحد فى قسمة تركة أولاد الميت الذين ماتوا فى حياته ولم يعقبوا أو اعتبوا من لا يستحق فى الوصية . فلو حسب الميت ابناً وبنتاً وبنت بنت ماتت فى حياته وابن ابن مات أبوه وجده فى حياته أيضاً غير مرتين وكان له ابن مات فى حياته ولم يعقب أو أعقب أولاد بنت ، قسمت التركة -

المبحث الثاني

حماية الورثة من الوصايا المستترة

٨٠ - حاله يحمي فيهما الوارث من الوصايا المستترة : نص

التقنين المدني على حالتين يحمي فيهما الوارث (١) من الوصايا

حين أولاد الميت الأحياء والأموال الذين لهم من يستحق الوصية . وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث فيكون لهما الثلث ، يقسم بينهما قسمة الميراث ، لبنت ثلثه يعطى لبنتها بالتساوي ، وثلثاه للابن يعطى لفرعه ولو أن أباه مات قبل جده - والقول برجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث ، ومن هؤلاء سديد بن المسيب والحسن البصري وطاؤوس والإمام أحمد ودارود الطبري وإسحاق بن راهوية وابن حزم . والأصل في هذا قوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » . والقول باعطاء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين على أنه وصية وجبت في ماله إذا لم يوص له من ماله مذهب ابن حزم ، ويؤخذ من أقوال بعض فقهاء التابعين ، ورواية في مذهب الإمام أحمد . وقصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد وبالترتيب المبين في المادة ٧٦ ، وتحديد الواجب لهم بمثل نصيب أبيهم أو أمهم في حدود الثلث مع تقسيمه بينهم قسمة الميراث متى على مذهب ابن حزم . . . فالجزء الواجب إخراجه يجوز في مذهب ابن حزم أن يحدده الموصي أو الورثة بمثل نصيب الأب ، كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر . كذلك يجوز في مذهب أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون البعض الآخر ، وحينئذ يكون لولي الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور في المادة ، ويأمر باعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم في الميراث لو بقى حياً (م ٧٦) . . . فإذا نقصوا أحداً ما وجب له أو لم يوصوا له بشيء ، ردوا بأمر ولي الأمر إلى المعروف (م ٧٧) . وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يؤخذ مما نقله ابن مفلح عن الإمام أحمد وماروي عن طاؤوس .

(٣) وغنى عن البيان أن القانون ، كما يحمي الوارث من الوصايا المستترة ، يحمي أيضاً الدائن . وللدائن ، كما للوارث ، مصلحة في أن يكشف عن الوصايا المستترة ، بل إن مصلحته في ذلك ترجح مصلحة الوارث . وذلك أنه متى ثبت أن التعريف هو في حقيقته وصية ، فإنه لا يسرى أصلاً في حق الدائن إذ الديون تقدم على الوصايا ، في حين أنه يسرى في حق الوارث فيما لا يجاوز ثلث التركة . ومن أجل ذلك يكون للدائن ما للوارث في كل ما سيجي . من حق الوارث في الطعن في تصرفات المورث بأنها وصايا مستترة .

أما في حياة الموصي ، فلا تحول الوصية ، حتى لو كانت مسجلة ، دون تنفيذ دائن الموصي على المقار الموصى به ، إذ أن هذا المقار لا يزال في ملك الموصي مادام حياً ، ولولبق مصرأ هل الوصية ولم يرجع منها .

المستثناة (١): (الحالة الأولى) التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت (٢)، تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت وتسرى عليها أحكام الوصية، وبذلك يحمي القانون الورثة من هذه التصرفات إذ يكشف عن حقيقتها ويحيطها بقيود الوصية. (الحالة الثانية) التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته. إذ تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، فتحمي الورثة منها بأن تحاط هي أيضاً بقيود الوصية (٣).

(١) ويعتبر الوارث، في الوصايا المستثناة وفي كل تصرف يصدر من المورث وينطوي على اعتداء على حقه في الإرث من الغير يخلق حقه من القانون لا من المورث، ومن ثم لا يعتبر في هذه التصرفات خلعاً للمورث ولا تسري في حقه. وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه وإن كان الوارث محل محل مورثه بحكم الميراث في الحقوق التي تركته وفي الالتزامات التي عليها، إلا أن القانون قد جعل للمورث حقوقاً خاصة لا يرثها عن مورثه، بل تنشأ بحكم القانون. وهذه الحقوق تجعل الوارث غير ملزم باحترام تصرفات مورثه الفسادة بحقوق الوارث هذه التي أُنشئت به الشريعة رغباً من إرادة المورث. ومتى كان الوارث يخلق حقه في الإرث بحكم القانون (الشريعة) وكان له أن يدفع كل اعتداء عن ذلك الحق الشرعي، فلا يصح مع هذا أن يقال بأن الوارث يلزم باحترام تصرفات مورثه الفسادة بحقه الشخصي. ولا أن يقال إن الوارث يعتبر خلعاً لمورثه بالنسبة إلى تلك التصرفات التي تمس حقوق الوارث الخاصة (استئناف مصر ١٤ يولييه سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص ١١٦). وانظر أيضاً استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٩ ص ٥٧٨.

(٢) أما إذا صدر التصرف في غير مرض الموت، فإنه يكون صحيحاً نافذاً في حق الورثة، ولو تصرف المورث في كل ماله متبرعاً. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بألا تنقيد التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت، أما قبل ذلك فلذلك التكامل الأهلية حر التصرف في ملكه، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم، ما لم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب (نقض مدني ٤ يولييه سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ١٨). وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢٠ - استئناف أسوط ١٠ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٥ ص ٨٨٤ - استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٨ - ٢١ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٤١.

(٣) وتكييف وصف العقد بأنه وصية يبق في اختصاص المحكمة التي تنظر في موضوع العقد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية، وإنما كان قائماً حول تعرف نية المتصرف هل هي البيع أو الهبة أو الوصية، فلا شأن بلجهة الأحوال الشخصية به، بل الشأن فيه بلجهة القضاء العادي. فإذا كان من المسلم أن العقد موضوع الدعوى صدر من المورث لصالح المتسلك به، ولكن قام النزاع حول وصف هذا العقد قانوناً. فاستمرت المحكمة الأوصاف التي يصبغ انطباقها عليه، ثم استخلصت من ظروف الدعوى وأدلتها أنه وصية، فإنها لا تكون قد خرجت في ذلك عن حدود اختصاصها (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٢٧ رقم ٢٤).

٨١ - الحائز الأولي - التصرفات التي تصدر من المورث في

مرضه الموت - نصي قانوني : تنص المادة ٩١٦ مدني على ما يأتي :

« ١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف » .

« ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » .

« ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٠ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٦ - ص ٢٩٨) .

ولما مقابل النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام التي يقررها النص كان القضاء يأخذ بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٩ : ١ - كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض

الموت مقصوداً به التبرع أو المحابة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محابة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له . ٢ - ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان أو غير وارث ، وكذلك الكفالة في مرض الموت .

م ١١١٠ : ليس لأحد أن يؤدي دين أحد غرمائه في مرض موته ويبطل حقوق باقيهم . ولكن له أن يؤدي ثمن المال الذي اشتراه أو القرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً .

م ١١١١ : ١ - إذا أقر شخص في مرض موته بدين لوارث أولئير وارث ، فإن جاء إقراره على سبيل التملك كان بحكم الوصية ، وإن جاء على سبيل الإخبار أو كان إقراره بقبض أمانة له أو استهلاك أمانة عنده ثبتت بغير إقراره ، نفذ الإقرار في جميع ماله ولو لم تجز الورثة ، وتصدق الورثة بالإقرار في حياة المورث ملزم لهم . ٢ - ولا يشترق المقر

فالتصرف الصادر من المورث في مرض الموت ، (١) ، ويكون مقصوداً به التبرع . يعتبره القانون وصية مستترّة . وتسرى عليه أحكام الوصية . وبذلك تنسب الورثة . إذ أن هذا التصرف لا ينفذ في حقهم فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه (٢) . وهذا هو حكم الوصية كما قدمنا . وحتى تسرى أحكام الوصية يجب . كما هو ظاهر من النص : أن يتوافر في التصرف شرطان : (١) أن يكون تصرفاً صادراً في مرض الموت . (٢) وأن يكون مقصوداً به التبرع .

٨٢ - السُّرْطُ الأول - التصرف صادر في مرضه الموت : سبق ،

عند الكلام في البيع ، أن بحثنا البيع الصادر في مرض الموت ، ورأينا أن أحكام

ما أقره المريض وفقاً لأحكام الفقرة السابقة إلا بعد أن تؤدي ديون الصحة . ويعتبر في حكم ديون الصحة الديون التي ثبتت في ذمة المريض وقت المرض بغير إقراره فتؤدي هي أيضاً مع ديون الصحة قبل الديون التي ثبتت بإقرار المريض في وقت مرضه .

م ١١١٢ : ١ - إذا أقر شخص في مرض موته بأنه استوفى ديناً له في ذمة أحد ، فإن كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حالة صحة الدائن نفذ الإقرار في حق غرماء الصحة . أما إذا كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حال مرض الدائن ، فلا ينفذ الإقرار في حق هؤلاء الغرماء . ٢ - وإذا أقر بأنه كفل حال صحته ديناً لأحد ، نفذ إقراره في جميع ماله ولكن بعد أن توفي ديون الصحة وما في حكمها من الديون .

(والتقنين العراقي يفتن أحكام الشريعة الإسلامية في تصرفات المريض مرض الموت) .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

(١) أنظر في تحديد معنى مرض الموت والرجوع في ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي مفسرة بقضاء المحاكم : الوسيط ٤ فقرة ١٧٥ - فقرة ١٨٢ .

(٢) ولا يكون ذلك كله إلا بعد موت المريض ، فقبل موته لا حق للوارث في الطعن في التصرف . وقد قضت محكمة النقض بأن حق الوارث في مال مورثه لا يظهر في الوجود ، ولا يكون له أثر ، إلا بعد وفاة المورث . كما أن المريض لا يمكن اعتباره مرض الموت إلا إذا انتهى بموت صاحبه ، مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقيق هذه النتيجة . ومن ثم فإدام المتصرف كان ما يزال حياً ، فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة في العقود المطبوع عليها تقوم على صدورها في مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا (نقضى مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٦ ص ٣٩٥) . أما المورث نفسه إذا تصرف وهو يعتقد أنه في مرض الموت ، ثم شئ ، فله أن يظن في التصرف إما بالصورية وبأن حقيقته وصية وقد عدل عنها ، أو في التقليل بالغلط إذا كان بيع حياً منجزاً ، وذلك على أساس أنه وقع في غلط في البيع إذ كان النقص له على المتصرف اعتقده أنه كان في مرض الموت .

الوصية تسرى عليه . أما هنا فالنص عام ولا يقتصر على البيع ، بل هو يشمل كل تصرف صدر في مرض الموت أيا كانت التسمية التي أعطيت لهذا التصرف . ومن ثم يدخل ، إلى جانب البيع ، الهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات . فاذا وهب المورث عيناً ، أو أقربدين عليه^(١) ، أو أبرأ مديناً له ، وصدر التصرف والمورث في مرض الموت ، سرت على هذا التصرف أحكام الوصية . فلا تنفذ الهبة ولا الإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين إلا في ثلث التركة ، مالم تجز الورثة ما يجاوز الثلث في كل ذلك . وعبء إثبات أن التصرف قد صدر في مرض الموت يقع على الورثة . ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن ، لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية^(٢) . فيستطيعون إثبات مرض الموت بتقارير الأطباء وبشهادة الشهود والقرائن المستخلصة من ظروف المرض وبغير ذلك من

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار الحاصل في مرض الموت لغير وارث على سبيل التبرع يصح اعتباره في حكم الوصية ، فينفذ في ثلث التركة (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٧) .

(٢) ومتى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، وأصبحوا من الغير في هذا التصرف ، فلا يسرى في حقهم فيما يزيد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه . أما إذا كان التصرف صورياً صورية مطلقاً وطمع فيه الورثة بالصورية لا بأنه وصية مستترة ، فإن الورثة لا يعتبرون في هذه الحالة من الغير ، وإنما يستملكون حقهم من مورثهم ، فلا يجوز لهم إثبات الصورية إلا بما كان يجوز لمورثهم أن يثبتها به من طرق الإثبات . وقد قضت محكمة النقض بأن الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر ، إلا إذا كان طمعه على هذا التصرف هو أنه ، وإن كان ظاهره ييماً منجزاً ، إلا أنه في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث ، أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية . لأنه في هاتين الصورتين يستند الوارث حقه من القانون مباشرة ، حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث . أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقاً ، فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستنده من مورثه وليس من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات طمعه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢٢ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ٨٢٤ - ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣ .

الأدلة (١) . ونقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ مدني سالفة الذكر : « ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » . والمقصود بالسند هنا هو سند التصرف الصادر من المورث ، فإذا حمل تاريخاً عرفياً من شأنه أن يجعل التصرف صادراً في وقت سابق على مرض الموت ، كان هذا التاريخ حجة على الورثة . ولكن لهم أن يثبتوا أن التاريخ قد قدم عمداً وأن التاريخ الحقيقي لصدور السند يقع في وقت كان المورث فيه مريضاً مرض الموت ، فقدم التاريخ ليخفى هذه الحقيقة . ويكون للورثة إثبات ذلك بجميع الطرق وتدخل فيها البيئة والقرائن بالرغم من أنهم يثبتون عكس ما هو مكتوب ، لأن تقديم التاريخ على هذا النحو غش والغش يجوز إثباته بجميع الطرق (٢) . ومن هذا نرى أن عبارة النص غير دقيقة ، إذ هي تقول إنه لا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . وقد رأينا أن التاريخ ، حتى لو لم يكن ثابتاً ، يحتاج به على الورثة ، وإنما يكون لهم إثبات العكس كما قدمنا . وقد سبق أن استظهرنا عدم دقة النص عند الكلام في التاريخ الثابت في الأوراق العرفية في الجزء الثاني من الوسيط ، فقائنا في هذا الصدد : « فالأصل أن الوارث يحتاج عليه بتاريخ التصرف الصادر من مورثه ، ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ولكن

(١) ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع يميز (استئناف ولى أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٠٨ ص ٢٩٦) . ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيلًا تاماً (استئناف وطني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥) . ومنها أن يكون العقد قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦) . ولا مانع من الظن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد اظن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ الخاتمة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) . وانظر في إثبات مرض الموت الوسيط ٤ فقرة ١٨٠ .

(٢) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفني لأحكام انقضى في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٦ - ١٢ فبراير سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٤ ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٧ - ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٢٨ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٥ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٣٠ .

إذا ادعى أن التصرف قد صدر من مورثه وهو في مرض الموت ، كانت له مصلحة في إثبات عدم صحة التاريخ ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، لما ينطوي عليه تقديم تاريخ التصرف من غش أريد به الإخلال بحقه الشخصي في الميراث . إلى هنا ونص التثنيين الجديد مستقيم . لكن تأتي بعد ذلك العبارة الأخيرة : ولا يحتاج على الورثة بتاريخه إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . وهي عبارة غير صحيحة على إطلاقها . إن أريد بها بها - كما هو ظاهر العبارة - أن التاريخ العرفي للتصرف الصادر من المورث لا يحتاج به على الورثة ، فهذا غير صحيح ، وقد رأينا أن هذا التاريخ حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . وإن أريد بها - كما هو التأويل المستخلص من سياق النص - أن التاريخ العرفي لا يحتاج به على الوارث إلى الحد الذي يمنعه من إثبات العكس بل يجوز له ما دام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته ، فهذا صحيح . ولكن فیم الحاجة إلى إيراد هذا الحكم البديهي فمن المسلم أن كل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه ، ولو كان هو المتعاقد نفسه ، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ (١) .

٨٣ - الشرط الثاني التصرف مقصود به التبرع : ويجب أيضاً

أن يكون التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع . ذلك أنه من المحتمل ، وإن كان هذا نادراً ، أن يكون المورث قد تصرف في مرض موته معاوضة لا تبرعاً . وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع . فان كان الثمن للمحابة فيه فان البيع ينفذ في حق الورثة ، وتسرى عليه أحكام البيع لأحكام الوصية . أما إذا كان في الثمن محابة ، فهذه المحابة وحدها هي التي تسرى عليها أحكام الوصية . وقد نصت المادة ٤٧٧ مدني على أنه : « ١ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع . فان البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها البيع ذاته . ٢ - أما

(١) الوسيط ٢ فقرة ١١٩ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠ - وانظر في تفصيل هذه المسألة

نفس المرجع فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ - ص ٢١٢ .

إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكلمة الثلثين .

وعبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع لا يقع على الورثة كما يقع العبء عليهم في إثبات أن التصرف صدر في مرض الموت . وإنما يقع هنا على من صدر له التصرف . ذلك أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن هذا التصرف إنما قصد به التبرع . فالإنسان لا يتصرف في مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع ، ويندر أن يكون في تصرفه والموت ماثل أمام عينيه قد قصد المعاوضة . على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضاً للمورث . فإذا أثبت ذلك ، وكان في التصرف مع ذلك محاباة له ، فإن هذه المحاباة وحدها هي التي تسري عليها أحكام الوصية كما سبق القول .

٨٤ - الحالة الثانية - التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بمحابة

العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته - نص قانوني : تنص المادة ٩٢٧ مرنى على ما يأتي .

و إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بمحابة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقم دليل يخالف ذلك (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما اقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٩ - ص ٣٠١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن كثيراً من أحكام القضاء كان يقضى بهذا المعنى على أساس القرينة القضائية .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

وهنا نرى أن تصرف المورث لم يصدر في مرض موته ، بل صدر وهو في صحته . ولكن المورث لم يطلق التصرف . بل قيده بأن احتفظ لنفسه بشيئين . حيازة العين وحقه في الانتفاع بها مدى حياته . فإذا باع المورث مثلاً داراً لأحد ورثته ، واحتفظ بحيازتها للدار وبحق الانتفاع بها مدى حياته ، اقترب هذا التصرف كثيراً من الوصية . صحيح أن التصرف لم يصدر في مرض الموت ، ولكن احتفاظ المورث بحيازة الدار وبالانتفاع بها طول حياته . بحيث لا ينتفع الوارث بالدار ، بل ولا يحوزها ، إلا عند موت المورث . كل هذا من شأنه أن يجعل الوارث في منزلة الموصى له لافي منزلة المشتري . فالموصى له هو أيضاً لا يحوز العين الموصى بها ، ولا ينتفع بها ، إلا عند موت المورث (١) .

وقد كان القضاء . في عهد التقنين المدني القديم . يجعل احتفاظ المتصرف بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية (٢) ، لاسيماً إذا اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشتري في الرقبة

(١) ومتى تبين أن البيع حقيقة وصية مستترة ، كان مندماً بوصفه بيعاً ، فلا يكون لتسجيله أثر ، ولا يرد عليه التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الخكم المطعون فيه قد انتهى . إلى أن التصرف لم يكن منجزاً وأنه يخفى وصية ، فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر في تصحيح التصرف أو نقل الملكية ، لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً ، كما أنه لا يحول دون الطعن في العقد بأنه يخفى وصية . ولا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه في المادة ١٤٠ مدني . ولا يقدح في ذلك القول بأن اعتبار البطلان مطلقاً يتناقض مع إمكان إجازة التصرف من الورثة ، ذلك أنه ليس للورثة أن يجيزوا التصرف باعتباره بيعاً ، وإنما لهم أن يجيزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية ، وفي هذه الحالة تجرى عليه أحكام الوصية التي يجيزها الورثة (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣) - والأدق أن يقال ، في رأينا ، ألا وجود للبيع أصلاً فهو مندوم ، لا أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً . ذلك لأن البيع الذي يستر وصية ليس إلا عقداً واحداً هو وصية مستترة تسرى عليها جميع أحكام الوصية ، أما البيع الظاهر فهو صوري لا وجود له .

(٢) ولكن القضاء كان حراً في أن يأخذ بهذه القرينة أولاً يأخذ ، إذ كانت مجرد قرينة قضائية . وقد قضت محكمة النقض بأنه كان من المقرر في ظل القانون الملغى أن الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات . فعبء الإثبات كان على من يطعن في التصرف ، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه في الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه . والقاضي بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أولاً يأخذ ، لأنها كسائر القرائن القضائية تخضع لطلاق تقديره (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) .

طول حياة البائع . وصحب ذلك عدم تسجيل عقد البيع (١) .

وقد وضع المشروع التمهيدى لنص المادة ٩١٧ مدنى سالفه الذكر فى وقت كانت الوصية للوارث فيه محظورة . وكان الناس يتحايلون على هذا الحظر بستر وصاياهم فى صورة بيع يحتفظون فيها بحيازة العين ويحق الانتفاع بها مدى الحياة . وقد تضاربت أحكام القضاء فى تكييف التصرف على هذا النحو . هل هو تصرف منجز (بيع أو هبة) أو وصية مستترة (٢) . فحسم المشروع هذا الخلاف بأن قرر أن هذا التصرف يعتبر وصية ، ما لم يقدّم دليل على غير ذلك . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع : « كثيراً ما يلجأ المورث ، وهو عاجز عن الإيصاء لوارثه ، إلى وصية يسترها فى شكل تصرف آخر . كبيع أو هبة . ويستغل فى هذا التصرف بحيازة العين ويحققه فى الانتفاع بها ، إما من طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين ، وإما من طريق الإيجار مدى الحياة ،

(١) نقض مدنى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ - ١١ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ - أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ص ١٠٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ - استئناف مصر ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسية ٢٧ رقم ٩ ص ١٢ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٥٠ ص ٣٢٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ - ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٢٧ ص ١٧٢ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٣ ص ٢٩١ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسية ٣٢ رقم ٩٣ ص ٢٠٩ - استئناف أسيوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٤ ص ٦٣٥ - ومع ذلك أنظر نقض مدنى ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٥٠ رقم ٣٧ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٤ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٢ - ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ - ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ - استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ١٤٣ ص ٢٩١ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٦ ص ٩١٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٤ ص ١٠٩٠ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤١ ص ١٧٥ .

(٢) أنظر فى هذه الأحكام المتضاربة نظرية العقدة للدولف فقرة ٨٢٧ ص ٩٢٩ - ص ٩٣٢ ، وفى الغرويه التى استخلصت من هذه الأحكام نفس المرجع فقرة ٨٢٧ ص ٩٣٢ .

أو من أى طريق آخر . وقد تضاربت الأحكام فى ذلك تضارباً كبيراً ، حتى أصبحت الأقضية فى هذا الشأن أدخلت فى باب الحظ منها فى باب الحقوق الثابتة . فحسم المشروع الخلاف بأن قرر أن مثل هذا التصرف يعتبر وصية ، ما لم يقم دليل على غير ذلك . وقد فرض المشروع ما هو أكثر انطباقاً على الواقع ، وترك الباب مفتوحاً لإثبات العكس فى الحالات الأخرى النادرة . ويلاحظ أنه إذا فتح باب الوصية للوارث قلت المنازعات كثيراً فى هذا الشأن ، ولم تعد الناس فى حاجة للاحتيال وتسمية الوصية الصادرة للوارث باسم آخر « (١) . وقد فتح باب الوصية فعلاً للوارث ، فى الفترة ما بين وضع المشروع التمهيدى والمراحل التشريعية التالية للتقنين المدنى ، إذ أجاز قانون الوصية الصادر فى سنة ١٩٤٦ كما رأينا الوصية للوارث . ومع ذلك بقي نص المشروع التمهيدى على حاله ، واستقر نصاً من نصوص التقنين المدنى (٢) .

وقد عرض هذا النص لتصرف المورث « لأحد ورثته » ، لأن التصرف للوارث كان هو الغالب عندما كانت الوصية غير جائزة له . فإذا تصرف المورث لغير الوارث بأن باع مثلاً له داراً واحتفظ بحيازتها وبحق الانتفاع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠١ .

(٢) وقد حاولنا تبرير ذلك فى الجزء الأول من الوسيط إذ قررنا « ويبرر ما القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة ، مما يؤدى فى الغالب إلى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على التساهل فى تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يريج جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كـ أحكام الوصية تضييق عن الإيصاء لوارث ، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً فى القاء ليصح وصاياها ما يبررها فى ظروف الأسرة تحت ستار أنها يبيع أو هبات منجز أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيما لا على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث . فلم يعد هناك مقتضى لتسمية التصرفات اسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة (الوسيط ١ طبعة أول فقرة ٣٨٨ فى أسئل ص ٥٩٨) .

والواقع من الأمر أن الوصية المستترة لا يزال لها محل حتى بعد أن جازت الوصية للوارث فالوصية للوارث لا تنفذ بغير إجازة باقى الورثة إلا فى ثلث التركة ويقع أن المورث لا يكون له ابن يرثه . فنجأ إلى الوصية المستترة حتى يعطى لنته أولزوجته كل ما ولا ينفق بوصيه سافرة لا تنفذ إلا فى ثلث التركة .

بها طول حياته ، ألا يجوز في هذا الفرض إعمال القرينة القانونية التي وردت في النص واعتبار التصرف وصية حتى يتوهم الدليل على العكس ؟ لا شك في أن هناك ظروفا تدفع المورث إلى الإيصاء لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة ، كما لو كان ورثته من غير الأقربين وكانت علاقة قوية تربطه بأجنبي يؤثر معها أن يوصي له بكل ماله أو بأكثره ، فليجأ في هذه الحالة إلى الوصية المستترة . ونرى أن الاحتفاظ بحيازة العين وبحق الانتفاع مدى الحياة ، في التصرف لغير الوارث ، إذا لم يصلح قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة مطاوعة لحرفية النص . فلا أقل من اعتباره قرينة قضائية . وسواء اعتبر قرينة قانونية أو قرينة قضائية ، فهو في الحالين يقبل لإثبات العكس .

وقد جعل النص من احتفاظ المورث في تصرفه بحيازة العين بأية طريقة كانت وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة (١) . ويحتفظ المورث بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة

(١) وهذا لا يمنع من قيام قرائن قضائية على أن التصرف وصية مستترة فيؤخذ بها ، إذ يجوز للطعن في هذه الحالة لإثبات مطاعته بكل طرق الإثبات بما في ذلك القرائن القضائية ، وليس من الضروري قيام هذه القرينة القانونية . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريعة الإسلامية قد جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقاً في ماله ينحجر به المورث عن التصرف بالوصية ، لوارث آخر . وهذا الحق يكون كامناً ولا يظهر في الوجود ، ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث . وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث في كل ما يطمع به على تصرفات المورث الماسة بحقه ، وتنطبق عليه كما تنطبق على الأجنبي عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطمع على تصرفات المورث ، فيحل له لإثبات مطاعته بكل طرق الإثبات . فإذا كان مدار النزاع أن المدعى عليهم في الطعن يطمنون على السند الذي تستمسك به الطاعنة بأنه تصرف إنشائي من المورث أخرجه في صيغته تخرج تصرف إقراري بقصد إنشاء وصية للطاعنة مع أنها من ورثته الذين لا يصح الإيصاء لهم إلا بنجاسة سائر الورثة ، وقدم خصوم الطاعنة وهم من الورثة أدلة تفيد أن السند المتنازع عليه وصية لم يجرها سائر الورثة ، فأخذت بهذه الأدلة وأبطلت السند ، فلا تريب عليها في ذلك (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ بمجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٢٣) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم المضمون فيه قد استخلص من ظروف الدعوى ومن الأدلة والقرائن التي أوردتها والتي من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها أن فيه الطرفين قد انصرف إلى الوصية لا إلى البيع المنجز ، فإنه إذ قضى للمطعون عليه بنفيها الشرعي في =

بطرق مختلفة . والطريقة المألوفة هي أن يشترط لنفسه في عقد بيع يصدر منه

المقاررات موضوع نزاع لا يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٦) . وقضت أيضاً بأنه لما كان للوارث أن يثبت طعنه في العقد الذي قصد به الإصرار بحقه في الإرث بأي طريق من طرق الإثبات المقبولة قانوناً، كان للحكم أن يستخلص عدم جدية الثمن الوارد في العقد من القرائن القائمة في الدعوى ، ولو أدى ذلك إلى إهداره إقرار المتصرف في العقد بأنه قبض الثمن بطريق المقاصة وفاء لدين قال إنه في ذمته لمورث المشتري (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٧) . وانظر أيضاً في نفس المعنى نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٤ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٣٣ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٢٩ - ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢١ - ١١ مايو سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٣ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ص ٨٢٤ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٨٤ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣٧ ص ٩٨١ - ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣ .

وانظر في تصرفات كيفت بأنها وصايا مسترة لقيام قرائن قضائية تثبت ذلك : نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٩ (حصلت المحكمة فهم الواقع في الدعوى من دليل مقبول ينتجه عقلا وذكرت القرائن التي استدلت بها على أن البيع حقيقة وصية مسترة) - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٥ رقم ١٦ (القرائن هي عدم تسجيل العقد ، وعدم دفع الثمن ، وبقاء العقد في حوزة المتصرف حتى وفاته) - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ١٠ (المقار لم يخرج من حيازة المتصرف طول حياته ، ولم يدفع ثمن عن التصرف ، والعقد عرفي لم يسجل) - ١١ مارس سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ١١ (ورقة ضد بنفس تاريخ السند تضمنت تعهد المشتري بعدم المساس بملكية الأطيان طول حياة والديه البائمين له ، ثم بعد وفاتها يكون لأخواته نصيب معين في الأطيان - عدم دفع شيء من الثمن - سبب البيع هو استكمال الابن النصاب القانوني للمودية) - أول أبريل سنة ١٩٤٣ (نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٥) (قصد المتصرف أن يختص بعض أولاده . ون غيرهم بكل ما يترك من عقار ومتقول - لم يسجل سند التصرف واحتفظ به المتصرف طول حياته - التصرف بغير عوض - سند مماثل لسند التصرف محرر في نفس اليوم ولكن لم يبين فيه الثمن) - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ١٨ (بقاء العقد في حوزة المورث بغير تسجيل حتى الوفاة - عدم تسجيله بعد ذلك لمدة تقرب من خمس سنوات - بقاء المورث متمتعاً بكل مظاهر الملكية : التأجير باسمه وبوصفه مالكاً ودفع الديون "مقاربة - فقر المتصرف له) - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ١٩ (المتصرف له لم يدفع ثمناً - العقد وجد في خزانة المتصرف بعد وفاته - قبض -

حق الانتفاع بالعين المبيعة مدى الحياة : مع منع المشتري من التصرف

أرباح السنوات التي استحققت بعد صدور العقد) - أول يونيو سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢١ (باعت الزوجة لزوجها أرضاً ولكنها تصرفت بعد موته في حصة أكبر مما تركة من الزوج ، ثم تصرفت في حصة أخرى مما دل على أنها لم تعتد بالبيع الذي صدر منها لزوجها) - ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢٣ (زوجة باعت لزوجها كل ما تملكه - لم تسجل العقود - اشترت الزوجة واضعة يدها ظاهرة بمظهر المالك - عدم دفع ثمن) - ٦ مارس سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٧ رقم ٢٥ (صدور العقد من أب إلى ابنه في مرضه الأخير بغير مقابل إثر أنه على بناته - احتفاظ الأب بحق الانتفاع طول حياته - نفس الثمن) - ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢٢ (عدم دفع ثمن البيع - منع المشتريين من التصرف طول حياة البائع وعدم إلزامهما بدفع الأموال) - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٥ رقم ١٥ (المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم ينسئ ثماً ، وظل واضعاً يده حتى الوفاة ، واحتفظ بعقد البيع دون تسجيل) - هذا ولا يكفي مجرد الطعن في التصرف لإهدار حجتيه ، بل يجب على الطاعن أن يقيم الدليل بأى صريق من طرق الإثبات على أن التصرف حقيقته وصية : أنظر نقض مدني ٢٤ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٩٣ ص ١٢٣٥).

وانظر في تصرفات لم تكيف بأنها وصايا مسترة لعدم قيام قرائن قضائية كافية تثبت ذلك : نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٥ (حررت والدة لابنها سنداً بدين يستحق الوفاة وقت الطلب وسلته لإياه ، ووجد السند بمنزل الابن عند حصر تركته) - أول فبراير سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٨ رقم ٢٧ (بيع منجز ووضع المشتري يده على المبيع ونص في العقد على أن له حق التصرف فيه - التزام البائع بالقبول - سجل العقد قبل وفاة البائع) - ١١ مارس سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٨ (حرر المورث السند قبل الوفاة بنحو عشر سنوات ، وسلمه للصادر لها ، ونص فيه على سريان الفوائد) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٣ (بيع منجز من والد لأولاده ، واشترط فيما بعد وجوب موافقة البائع على تصرف الأولاد في البيع وذلك على أثر رفع الأولاد على أبيهم دعوى بصحة انعقاد ، وكان ذلك تفادياً للاستمرار في التقاضي) - ٤ أبريل سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٢٩ (سلم المشتري العقد الابتدائي وشرع في التسجيل) - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ (أبيع لمورث الإثبات بجميع الطرق فلم يستطع تقديم الدليل على أن التصرف وصية) - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ (عجز المدعى عن نقل تنجز التصرف فاعتبر بيعاً أوهية مستورة) - ٢٤ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ (لا يكفي إثبات أن تشتري ابن البائع وكان يقوم بمعارضة والده في زراعة الأرض حتى وفاته وأن عند البيع لم يسجل).

في الرقبة . وبذلك يبقى حائزاً للعين باعتباره متفعلاً لا مالكا ، ويبقى حائزاً لها مدى حياته . دون حاجة إلى تتبع حقه في الانتفاع في يد الغير بفضل شرط المنع من التصرف في الرقبة (١) . ويصح ، للاحتفاظ بنجاسة العين المبيعة وبالانتفاع بها مدى الحياة ، أن يلجأ إلى طريقة أخرى وإن كانت غير مألوفة . وذلك بأن يستأجر العين مدة حياته من المشتري ، بأجرة يحصل على مخالصة بها دون أن يدفع شيئاً (٢) . وقد علمنا عند الكلام في عقد الإيجار أن الإيجار لمدة حياة المستأجر جائز (٣) ، وأن الإيجار صحيح حتى لو نزل المؤجر عن الأجرة بعد أن ثبتت له في ذمة المستأجر (٤) ، جر فأولى أن يكون صحيحاً لو أعطى المؤجر للمستأجر مخالصة بالأجرة المستحقة عن مدة الإيجار بأكملها . ويتمكن المورث بهذه الطريقة من أن يستبقى حيازة العين في يده وأن ينتفع بالعين مدى حياته . وذلك بموجب عقد الإيجار . أما مجرد الانتفاع الفعلي الذي لا يستند إلى حق قانوني فلا يكفي لقيام القرينة القانونية ، إذ لا يكون زمام الانتفاع بالعين في هذه الحالة في يد المتصرف ، بل يكون موكولاً إلى مشيئة المتصرف إليه ، فيستطيع أن ينتزع الانتفاع من يد المتصرف متى أراد (٥) .

(١) ويبدو أن احتفاظ المورث بحق الانتفاع طوال حياته كاف وحده لقيام القرينة القانونية ، فهو يتضمن اشتراط الانتفاع بالعين مدى الحياة واستبقاء الحيازة في يده بصفته متفعلاً . وقد يضيف إلى ذلك عدم تسجيله للبيع وقصره في العين تصرف المالك ، فيكون بذلك قد قوى القرينة ودعّمها .

(٢) وعليه و هذه الحالة أن يسجل عقد الإيجار لاحتمال أن تزيد مدته على تسع سنوات ، وكذلك المخالصة بالأجرة لاحتمال أن تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، وذلك حتى يكون كل من عقد الإيجار والمخالصة نافذاً في حق الغير .

(٣) الوسيط ٦ فقرة ١١٦ ص ١٤٥ .

(٤) الوسيط ٦ فقرة ١٢٨ ص ١٦٥ هامش ٣ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود من الاحتفاظ بالحق في الانتفاع وفقاً للمادة ٩١٧ مدني هو أن يكون المتصرف المنتفع بالعين مدى حياته مستنداً إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه . ويكون ذلك إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف في العين ، أو عن طريق الإيجار مدى الحياة ، أو عن طريق آخر مماثل . ومن ثم لا يكفي لقيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لدى حياة المتصرف ، إذ يكون الحق في الانتفاع في هذه الحالة مقررراً .

والاحتفاظ بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة (١) ، وإن قام قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة ، ليس بالقرينة القاطعة . بل يجوز لمن تصرف له المورث أن يدحض هذه القرينة بأدلة العكس (٢) ، ولو عن طريق تقديم قرائن قضائية مضادة . فيصح أن يثبت المشتري من

= لهذا الغير . كما لا يكتفى أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعاً فعلياً حتى وفاته ، دون أن يكون مستنداً في هذا الانتفاع إلى مركز قانوني يخوله حقاً في الانتفاع . ومفاد ما تنص عليه المادة ٩١٧ مدني هو أن القرينة التي تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع شرطين ، أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها ، وثانيهما احتفاظه بحقه في الانتفاع بها ، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حيازة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته واستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ، ولكن لحسابهم تنفيذاً للتوكيل الصادر منهم إليه ، فإن الحكم يكون قد نل احتفاظ المورث بحقه في الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته ، مما تنقل به القرينة القانونية الواردة في المادة ٩١٧ مدني (نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ .

وإذا كان مجرد الانتفاع الفعل الذي لا يستند إلى حق قانوني لا يكتفى لقيام القرينة القانونية ، فإنه يجوز للمحكمة مع ذلك أن تستخلص من قرينة قضائية لا قرينة قانونية (إسماعيل غانم ص ٣٢ و ص ٣٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٨ ص ٨١٤) .

(١) ويقع عبء إثبات ذلك على الوارث أو الدائن ، فعليه أن يثبت أن المورث قد احتفظ بحيازة العين وبحقه في الانتفاع مدى الحياة ، فتقوم القرينة . ويصح أن يظن المورث نفسه في التصرف الصادر منه على أساس أنه وصية وقد رجح فيها ، فيقع عليه هو أيضاً عبء إثبات قيام القرينة القانونية . ولما كانت هذه القرينة القانونية قد استحدثها التقنين المدني الجديد ، فإنها لا تكون ذات أثر رجعي ، ولا تسرى على التصرفات الصادرة من المورث قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٩) . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القاعدة الواردة بالمادة ٩١٧ مدني مستحدثة ولم يكن لها نظير في التقنين المدني ، والقرينة التي استحدثتها هذه المادة ، لاتصالها بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، لا يجوز إعمالها بأثر رجعي على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) . ولكن يجوز للقاضي أن يستخلص منها ، في هذه التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالتقنين المدني الجديد ، مجرد قرينة قضائية .

(٢) نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ .

المورث أن التصرف الصادر له هو بيع منجز أو هبة منجزة مستترة في صورة البيع ، وليس بوصية مضافة إلى ما بعد الموت . وذلك بأن يثبت مثلاً أن البيع قد سجل وقد نقل له التكليف ، وأن البائع قد نزل عن شرط المنع من التصرف ، وأن احتفاظ البائع بالحيازة يرجع إلى أن المشتري قاصر وقد باشر البائع الحيازة نيابة عنه باعتباره ولياً ، وأن احتفاظ البائع بمنفعة العين مدى حياته يقابله إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة .

فإذا دحض من تصرف له المورث القرينة القانونية باثبات عكسها على النحو سالف الذكر ، فإن التصرف لا يعتبر وصية مستترة ولا تسرى عليه أحكام الوصية ، بل يعتبر بيعاً منجزاً أو هبة منجزة وتسرى عليه أحكام البيع أو الهبة ^(١) . وإذا لم يستطع من تصرف له المورث دحض القرينة باثبات العكس ، وهذا هو الغالب في العمل ، بقيت القرينة قائمة ، واعتبر التصرف وصية مستترة تسرى عليها أحكام الوصية ^(٢) . ومن ثم لا تنفذ في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا إذا أجازوها ، ولا تسرى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة بعد أن استظهرت أقوال الشهود إثباتاً ونفيًا ، واستعرضت شروط التعاقد ، قدرت بسلطانها الموضوعية أن العقد جدي لا صورية فيه ، ورأت أن الادعاء بذلك لا تسح به ظروف التعاقد ولا مركز الطرفين ، ثم استطردت إلى دفاع الطاعنين المتضمن عدم مقدرة الابن على الشراء وأن العقد غير منجز بسبب عدم وضع يد المشتري وأنه وصية عملاً بالمادة ٩١٧ مدني ، فردت عليه واعتبرت للأسباب السائفة التي أوردتها أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى تملك الابن الأطلين موضوع التصرف في الحال ، وإن تراخى تسليمها إلى ما بعد الوفاء بالثمن ، فإن النمي على حكمها المطعون فيه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٣ يونيو سنة ١٩٦٠ - مجموعة أحكام للنقض ١١ ص ٤٣٢) .

(٢) وحق الوارث في الطعن في تصرف المورث بأنه في حقيقته وصية لا بيع وبأنه قد قصد به التحايل على أحكام الإرث ، سواء لأن التصرف قد صدر في مرض الموت أولقيام قرائن قانونية أو قضائية على أنه وصية مستترة ، حق خاص مصدره القانون ، وليس حقاً يتلقاه عن مورثه ، وإن كان هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث . ومن ثم لا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة عليه ، إذ بعد الوارث في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه في الإرث (نقض مدني ٢١٢ يونيو سنة ١٩٦٢ - مجموعة أحكام للنقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ - مجموعة أحكام للنقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥ .

في حق دائني التركة أصلاً بل يقدم - في الدائن على حق الموصى له . ويجوز للموصى في حال حياته أن يعدل عن الوصية ، فتسقط بالعدول عنها ، وكذلك تسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى (١) .

المبحث الثالث

شهر الوصية

٨٥ - مشروع الرصبة للشهر منزقانونه تنظيم الشهر العقاري :
قدمنا (٢) أن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ لم يجعل الوصية بالعقار خاضعة للتسجيل ، إذ أن التصرفات التي تُنْضَعُها للتسجيل هي التصرفات فيما بين الأحياء والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت . وقد كان عدم إخضاع الوصية وحق الإرث للشهر نقصاً واضحاً في قانون التسجيل ، إذ أن ذلك كان يقطع حلقات تسلسل الملكية العقارية كما سبق القول (٣) .

وقد تلافي هذا النقص قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ولا يزال معمول به حتى اليوم ، إذ أخضع كلا من الوصية بالعقار وحق الإرث للشهر .

فالوصية إذن ، كحق الإرث ، لا تخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقاري ، أي منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ . وعلى ذلك فالوصية الصادرة من شخص توفي قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ لا تخضع للشهر .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف المقصود في المادة ٩١٧ مدني هو ما يرد على ملكية العين أو على حق عيني فيها . أما الإقرار المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالنظام الوقف الأهلي ، وهي تقضى بأن يعتبر إقرار الواقف بإشهاد رسمي بتلق العرض أو بشيوت الحق فيه حجة على ذوي الشأن جسيماً متى صدر في خلال الثلاثين يوماً التالية للفعل بالقانون ، فانما ينصب على تلقى العرض . ومن ثم لا يعتبر هذا الإقرار تصرفاً في معنى المادة ٩١٧ مدني ولا يخضع لحكمها (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤٠ ص ٢٧٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ .

وتسمى إلى هذه الوصية ، من حيث عدم خضوعها للشهر ، أحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، فتنتقل بها ملكية العقار الموصى به من الموصى إلى الموصى له وقت وفاة الموصى دون حاجة إلى التسجيل .

٨٦ - كيف يتم شهر الوصية طبقا لقانون تنظيم الشهر العقاري :

تنص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري على ما يأتي : « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن » . ونرى من ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقاري قد نص صراحة على وجوب شهر الوصية بعقار ، باعتبار أنها تصرف من شأنه نقل ملكية هذا العقار من الموصى إلى الموصى له . وقد ذكر الوصية بالذات من بين التصرفات التي يجب شهرها ، حتى يزيل كل لبس في هذه المسألة . فقد قدمنا أن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ لم يكن يخضع الوصية للشهر ، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت في حين أن التصرفات التي تخضع للتسجيل طبقا لهذا القانون هي التصرفات فيما بين الأحياء . فأطلق قانون تنظيم الشهر العقاري لفظ « التصرفات » ولم يقيد بها بأنها التصرفات فيما بين الأحياء ، ثم عاد فذكر الوصية بالذات كما قدمنا إمعانا منه في التأكيد بأن الوصية تخضع للشهر .

وتشهر الوصية بطريق التسجيل ، كما هو صريح النص . وتشهر بعد وفاة الموصى وقبول الموصى لها ، إذ في ذلك الوقت يتحقق أن الوصية تصرف نهائي من شأنه أن ينتقل الملكية للموصى له . أما شهر الوصية عند صدورها وقبل وفاة الموصى فسيعرض عملية التسجيل للنقض إذا رجع الموصى عن الوصية ، إذ يجب عند ذاك التأشير على هامش التسجيل برجوع الموصى . كذلك يكون الأمر إذا شهرت الوصية بعد وفاة الموصى وقبل قبول الموصى لها ، فقد بردها الموصى له وعند ذلك يجب التأشير على

هامش التسجيل بالرد . ومع ذلك يبرز للموسى أن يسجل الوصية باختياره بعد صدورها وقبل وفاته حتى يؤكد وجودها ويعلمه ، فإذا لم يرش على هامش التسجيل برجوع الموصى عنها أو يرد الموصى له إليها ، بقی التسجيل نافذ المفعول وانتقلت الملكية إلى الموصى له عند وفاة الموصى (١) .

والذى يقوم بتسجيل الوصية هو الموصى له بعد وفاة الموصى ، وقد يقوم بتسجيلها الموصى فى حياته كما قدمنا

والحرر الذى يسجل هو السند المثبت للوصية ، أى الورقة الرسمية التى حررت لإثبات الوصية ، أو الورقة العرفية المصدق فيها على إمضاء الموصى ، أو الورقة العرفية المكتوبة كلها بخط الموصى والموقع عليها بامضائه . وقد يقوم نزاع فى شأن الوصية ، فيستصدر الموصى له حكما نهائيا بصحتها ، ويقوم بتسجيل هذا الحكم .

ويدفع رسم نسبي عن تسجيل الوصية ، هو نسبة مئوية من قيمة العقار الموصى به وقت التسجيل . ويتم التسجيل فى مكتب الشهر الذى يوجد العقار الموصى به فى دائرته .

وجزاء عدم تسجيل الوصية هو ، كما تقول المادة ٩ من قانون الشهر العقارى سالفه الذكر ، أن ملكية العقار الموصى به لا تنتقل لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهى لا تنتقل بين ذوى الشأن ، فتبقى فى التركة عند الورثة ، ولا تنتقل إلى الموصى له (٢) . وهى لا تنتقل بالنسبة إلى الغير ، فلو أن الورثة رتبوا على العقار الموصى به حقا عينيا وسجل هذا الحق قبل تسجيل الوصية ، لم يجز الاحتجاج بالوصية على من ترتب له الحق العيني وقام بتسجيله . وقد قدمنا عند الكلام فى شهر حق الإرث أن الموصى له إذا أشر بالوصية على هامش تسجيل حق الإرث فى خلال السنة التالية لهذا التسجيل ، كان له أن يسجل الوصية فى خلال هذه السنة .

(١) قانون محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٠١ ص ٦٥٠ - وسرى أنه إذا توفى الموصى تقدم الموصى له بالمستندات المثبتة لوفاته ولقبوله هو الوصية ، فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك فى هامش تسجيل الوصية (أنظر مايل فقرة ٨٧) .

(٢) ويرتب على ذلك أن الموصى له لا يستطيع التصرف فى المنار الموصى به قبل تسجيل الوصية .

فاذا قام بالتسجيل في خلال هذه المدة ، كان له أن يحتج بالوصية على من ترتب له حق عيني على العقار الموصى به . ولو سجل هذا الأخير حقه العيني قبل تسجيل الوصية (١) . أما إذا سجل الموصى له الوصية بعد انقضاء هذه المدة ، فالعبرة بتاريخ التسجيل ، ولا يحتج الموصى له بالوصية إلا إذا كان تسجيله سابقا على تسجيل من ترتب له حق عيني على العقار الموصى به (٢) .

وتقول المادة ٩ من قانون الشهر العقاري سالفه الذكر أيضا إن الوصية غير المسجلة لا يكون لها من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . وعلى ذلك يكون هناك التزام شخصي على التركة بنقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له ، ويجوز لهذا الأخير أن يرفع دعوى بصحة الوصية ونفاذها على الورثة إذ هم الذين يمثلون التركة . ويسجل صحيفة الدعوى ، ومتى صدر الحكم بصحة الوصية ونفاذها أشر بهذا الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى .

٨٧ - إجراءات شهر الوصية طبقا لقانونه تنظيم الشهر العقاري :

نستعرض هنا أربع صور ، يختلف بعضها عن بعض في إجراءات الشهر . ففي الصورة الأولى تكون الوصية موثقة في ورقة رسمية أو محررة في ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء أو ختم الموصى ، ويقوم بتسجيلها الموصى له بعد وفاة الموصى وبعد أن يكون الموصى له قد قبلها . وفي الصورة الثانية تكون الوصية في وضع الصورة الأولى ، ولكنها تكون محررة في ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه . وفي الصورة الثالثة يقوم الموصى نفسه في حالة حياته بتسجيل الوصية ، سواء كانت الوصية موثقة في ورقة رسمية أو محررة في ورقة عرفية . أما الصورة الرابعة ، فهي صورة الوصية الواجبة التي سبق بيانها (٣) .

(١) إسماعيل غانم ص ١٥١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٩٩٤ ص ٧٤٠ و فقرة ٥٣٣ ص ٧٩٧ - ص ٧٩٨ - حسن كيرة ص ٤٢ .

(٢) قارن محمد كامل مرسي ٦ فقرة ٥٧ ص ٧٩ - ص ٨٠ - محمد علي عرفة في مقال له في الجديد في نظام الشهر العقاري مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨ ص ٥٦٧ - ص ٥٦٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧٩ .

١ - فى الصورة الأولى حيث يقدم الموصى له بعد وفاة الموصى بتسجيل الوصية المؤتقة فى ورقة رسمية أو محررة فى ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه ، وهذه هى الصورة الغالبة ، يقدم الموصى له إلى مكتب الشهر المختص ، وهو المكتب الكائن فى دائرته العقار الموصى به ، الورقة الرسمية أو الورقة العرفية محررة على الورق الأزرق . ويرفق بالوصية المستند المثبت لوفاة الموصى وإلخصار إرثه فى ورثته ، وكذلك إقرارا بقبوله هو للوصية . وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات ، يقوم مكتب الشهر بتسجيل الوصية وتصويرها وإخطار الجهات المختصة ، ويرسل صورة من الوصية للمحافظة الكائن فى دائرتها العقار الموصى به لنقل التكليف الخاص بهذا العقار من اسم الموصى لاسم الموصى له .

٢ - وفى الصورة الثانية ، التى هى كالصورة الأولى ولكن الوصية فيها محررة فى ورقة عرفية بيضاء مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه ، قد يستطيع الموصى له . أن يتفق مع ورثة الموصى على تحرير ورقة يوقعون عليها جميعا بقبول الموصى له للوصية وإقرارها من ورثة الموصى . وفى هذه الحالة تحرر قائمة جرد لشهر حق الإرث على الورق الأزرق ، وتتضمن القائمة بيانا خاصا بالوصية وبيانا آخر خاصا بحق الإرث . ويقدم الموصى له لمكتب الشهر الكائن فى دائرته العقار الموصى به الوصية مرفقا بها قائمة الجرد والورقة الموقع عليها منه بقبول الوصية ومن الورثة بإقرارها . وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات ، ثم التوقيع على قائمة الجرد من الموصى له والورثة بمكتب الشهر المختص ، يتم تسجيل الوصية مع تسجيل حق الإرث مرة واحدة . ثم يصور سند الوصية وسند الإرث وقائمة الجرد ، وتخطر الجهات المختصة ، وكذلك تخطر المحافظة المختصة لنقل التكليف من اسم المورث لاسم الموصى له بالقدر الموصى به ، ولاسم الورثة بالقدر الباقى بعد الوصية .

وإذا لم يستطع الموصى له الاتفاق مع الورثة . فعليه أن يستصدر حكما من المحكمة المختصة فى مواجهة الورثة بصحة الوصية ونفاذها . ويسجل

عريضة الدعوى ، كما يؤثر بمضمونها على هامش تسجيل حق الإرث .
وعليه ، عند صدور الحكم بصحة الوصية ونفاذها ، أن يؤثر به على هامش
تسجيل عريضة الدعوى . وبذلك يتم تسجيل الوصية ، وتنتقل ملكية العقار
الموصى به إلى الموصى بهذا التسجيل ، ولكن من يوم وفاة الموصى لا من
يوم التسجيل .

٣ - وفي الصورة الثالثة حيث يقوم الموصى نفسه في حالة حياته
بتسجيل الوصية ، يقدم هذا الأخير لمكتب الشهر الكائن بدائرتة العقار الموصى
به محرر الوصية بعد توثيقه أو بعد التصديق على التوقيع فيه . وبعد استيفاء
مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات والتأشير بها على محرر
الوصية ، يقوم مكتب الشهر بتسجيل هذا المحرر . ولكنه يتمتع عن التأشير
عليه بخاتم ناقل للتكليف ، لأن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا عند وفاة
الموصى . فإذا ما توفي الموصى ، تقدم الموصى له بالمستندات المثبتة لوفاة
ولقبوله هو للوصية . فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك في هامش تسجيل
الوصية وباخطار الجهات المختصة ، وكذلك باخطار المحافظة المختصة لتقوم
بنقل التكليف لاسم الموصى له (١) .

٤ - وفي الصورة الرابعة وهي صورة الوصية الواجبة ، إذا وجد
أصحاب وصية واجبة وقد سبق بيان من هم (٢) ، يبدأ بتحديد نصيبهم
في قائمة الجرد الخاصة بشهر حق الإرث ، وما يتبقى يكون تركة لباقي
الورثة يوزع بينهم بحسب أنصبتهم في الميراث ويبين ذلك في قائمة الجرد .

(١) ويقول الدكتور محمود شوق : وكان الأصل أن يحصل الموثق عند توثيق الوصية
أو التصديق على التوقيع عليها رسوم انتقال كاملة . . ، شأنها في ذلك شأن باقي المحررات
الخاضعة للشهر . ولكن رأى المكتب الرئيسي ، نظراً لإمكان عدول الموصى عن وصيته حال
حياته ، أن يكتفى بتحصيل رسم التصديق أو رسم التوثيق . . فإذا تمت الوصية بوفاة الموصى
وقبول الموصى له صراحة أو ضمناً ، كلف بأداء رسوم انتقال الملكية . . ومع ذلك فلا مانع
من تحصيل جميع رسوم الشهر إذا ما رغب الموصى في ذلك ، إذ قد يكون غرضه أداء الرسم مقصداً
نيابة عن الموصى له ، توفيراً لما قد يكلفه هذا من أعباء مالية . (محمود شوق في الشهر العقاري
علماً وعلا ص ٢٨١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٧٩ .

وبقدم الإعلام الشرعى المثبت لإ وفاة المورث و انحصار إرثه فى وزئته أو ما يقوم مقام هذا الإعلام لمكتب الشهر المختص . ومعه قائمة الجرد . وذلك بعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات . فىقوم المكتب بتسجيل شهادة الإرث وقائمة الجرد وتصويرهما . وإرسال الصور للجهات المختصة : ومنها المحافظة المختصة لتقوم بنقل التكليف لاسم أصحاب الوصية الواجبة وورقة المورث (١) . ولا يستحق على شهر الوصية الواجبة أو الحكم المثبت لها أى رسم نسبي على انتقال الملكية ، إذ أن أصحاب الوصية الواجبة ملحقون بالورثة ، فلا يدفعون الا رسم التصوير ورسم الحفظ (٢) .

٨٨ - شهر الوصية فى قانونه السجل العيى : وقد قدمنا أن قانون

السجل العيى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ لا يطبق إلا فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل . وأنه إلى اليوم لم يصدر قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه هذا النظام . ولذلك فإن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد (٣) .

ونورد هنا النص الخاص بشهر الوصية فى قانون السجل العيى ، وهو مماثل لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى التى أسلفنا ذكرها (٤) ، فنص المادة ٢٦ من قانون السجل العيى على ما يأتى : « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب قيدها

(١) ويقول الدكتور محمود شوق : « وإذا كان الإعلام الشرعى خلوا من ذكر أصحاب الوصية الواجبة ، وجب عليهم استصدار حكم شرعى باستحقاقهم . وهذا الحكم يخضع لشهر بطريق التسجيل والتأشير بمنطوقه على هامش تسجيل حق الإرث ، الذى يجب أن يبادر إلى تسجيله أصحاب الحق فى الوصية الواجبة محافظة على حقوقهم ، والتأشير على هامش بصحيفة الدعوى المقامة ثابتات أحقيتهم لتصيبهم فى التركة » (محمود شوق فى الشهر العقارى علماً وعلاص ٢٨٣) .

(٢) أنظر فى إجراءات شهر الوصية طبقاً لقانون الشهر العقارى محمود شوق فى الشهر العقارى علماً وعلاص ٢٨٠ - ص ٢٨٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٨٦ .

في السجل العيني . ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول . لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » . وقد نص قانون السجل العيني . كما نص قانون تنظيم الشهر العقاري . صراحة على وجوب شهر الوصية .

ويتم قيد الوصية في قانون السجل العيني بطريقة مماثلة للطريقة التي يتم بها تسجيلها في قانون الشهر العقاري . من حيث الوقت الذي يتم فيه القيد . وتعين من يقوم بالقيد . والمحضر الذي يقيد . وجزاء عدم القيد ، وقد بسطنا ذلك فيما تقدم^(١) .

وأهم فرق بين القانونين هو أن التسجيل في قانون الشهر العقاري ليست له حجية مطلقة . أما القيد في السجل العيني فله هذه الحجية ، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العيني على أن « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

الباب الثالث

كسب الملكية

فيما بين الأحياء

الفصل الأول

الاتصاق

٨٩ - مفومات الالتصاق وشكيفة القانونى : الالتصاق هو اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر . ومملوكين لمالكين مختلفين . دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج .

ويجب فى الاندماج أن يكون بحيث يتعذر الفصل ما بين الشيئين . دون تلف يلحق بأحدهما أو بكليهما . فالكثر المدفون فى الأرض لا يعتبر ملحقاً بها . إذ يمكن فصله عن الأرض دون تلف يلحق بأى منها . وإذا كان صاحب الأرض يملك الكثر فى القانون المصرى . فإنه لا يتملكه بسبب الالتصاق ولكن بحكم القانون (١) .

ويجب أن يكون الشيئان متميزين أحدهما عن الآخر . فالإصلاحات أو التحسينات التى يجريها الحائز فى ملك غيره لا تعتبر شيئاً متميزاً عن الشيء الذى يجرى فيه الإصلاح أو التحسين . ومن ثم لا تسرى عليها أحكام الالتصاق . بل تسرى عليها أحكام المصروفات (م ٩٨٠ مدنى) (٢) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ١١ - عيد المم البدرأوى فقرة ٣٢ ص ٤١ .

(٢) بلانبول وريير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٢ - عيد المم البدرأوى فقرة ٣٢ ص ٤١ -

وتنقضى المادة ٩٨٠ مدنى فى المصروفات الضرورية بأن يرد لها مالك كلها للحائز .

وفى المصروفات الكالية بأن يكون لتلك الخيار بين المطالبة بتزجها أو دفع قيمتها مستحقة

الإزالة . أما فى المصروفات النافعة ، فتحيل المادة ٩٨٠ مدنى على أحكام الالتصاق ، وتميز

بين الحائز حسن النية والحائز من . النية طبقاً لهذا الاحكام

كذلك الثمار التي تتولد من الشيء . سواء كانت ثمارا طبيعية أو مستحدثة أو مدنية . ليست متميزة عن الشيء مستقلة عنه بل هي متولدة منه . ولذلك لا تسرى عليها أحكام الالتصاق . بل تسرى عليها أحكام الثمار (م ٩٧٨ - ٩٧٩ مدني) . وكالثمار المنتجات . إذ منتجات الشيء جزء منه ، وليست شيئا مستقلا عنه .

ويجب أن يكون الشئان مملوكين للمالكين مختلفين . فلو أقام شخص بماله بناء في أرضه لم يملك البناء بالالتصاق ، وإنما يملكه من الأصل إذ أقامه بماله . وإذا وجد في أحوال الالتصاق ، كما سنرى ، حالة يبدو فيها لأول وهلة أن أحد الشيئين غير مملوك لأحد . وهي حالة الأرض التي تتكون من طمي النهر إذ قد يقال إن الطمي لا يملكه أحد . فالصحيح أن الطمي قبل أن يملكه المالك المجاور بالالتصاق كان ملكا عاما فهو ملك الدولة (١) . وقد تحول إلى ملك خاص وتملكه المالك المجاور بالالتصاق . ولو كان الطمي غير مملوك لأحد ، لوجب القول بأن المالك المجاور يملكه بالاستيلاء لا بالالتصاق .

ويجب أخيرا ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين السابقين سابق على الاندماج ، فالصانع إذا أخذ من رب العمل المادة التي يستخدمها . وأدمج فيها مادة من عنده فأصبحنا شيئا واحدا . ملك رب العمل هذا الشيء بعقد المقالة لا بالالتصاق ، لسبق وجود اتفاق بين المالكين .

والالتصاق ، على هذا النحو ، هو واقعة مادية تكون سببا لكسب الملكية . فاندماج أحد الشيئين في الشيء الآخر ، وهذه هي الواقعة المادية . تكسب ملكية أحد الشيئين لملك الشيء الآخر . ذلك أن الشيئين بهذا الاندماج قد أصبحا شيئا واحدا . إذ يتعذر الفصل فيما بينهما دون تلف كما سبق القول . ولما لم يكن هناك اتفاق سابق بين المالكين على من منهما يملك هذا الشيء بعد الاندماج . فقد كان يمكن القول إن الشيء يكون

(١) وقد قدمت في الجزء الثاني من الوسيط أن الأملاك العامة يثبت فيها للدولة حق ملكية

مملوكا لهما على الشيوع . كل بنسبة قيمة الشيء الذي كان مملوكه مفرزا . ولكن هذا الحل غير مناسب من الناحية الاقتصادية في أكثر الأحوال ، ولذلك تدخل القانون فأسند ملكية الشيء كاملا بعد الاندماج إلى أحد المالكين ، إلا في حالات استثنائية أوجب فيها الفصل فيما بين الشئيين ولو أدى هذا الفصل إلى إتلاف أحدهما . واختار من المالكين مالك الشيء الأصلي فجعله مالكا للشيء التابع الذي اندمج في الشيء الأصلي ، على أن يعرض مالك الشيء التابع عن فقد ملكيته . وهذا هو الحل المعقول ، فمالك الأصل هو الذي يملك التابع (١) . بقي أن نعرف كيف ميز القانون بين الشيء الأصلي والشيء التابع . لم نقم هناك صعوبة في أهم صور الالتصاق وهي صور الالتصاق بالعقار ، فهذه الصور كما سنرى : يلتصق فيها منقول (٢) بالأرض . فاعتبرت الأرض هي الشيء الأصلي في جميع هذه الصور ، حتى لو كانت أقل قيمة من المنقول الذي التصق بها . كما لو أقيم بناء ضخم على أرض قيمتها أقل بكثير من قيمة البناء . أما في صور الالتصاق

(١) وإذا كان الشيء الأصلي محلا ينعق انتفاع أو ينعق ارتفاق أو كان له حق ارتفاق ، فإنه عندما يتدمج فيه التبع يمتد إلى التبع حق الانتفاع أو حق الارتفاق سلباً كان أو إيجاباً ، لأن الأصل والتبع يصبحان شيئاً واحداً (شفيق شحاتة فقرة ٢٢٥ ص ٢٣٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص ٣٦٤)

(٢) والمألوف أن يقسم الالتصاق بالعقار إلى حالتين : حالة التصاق عقار بعقار في التصاق الطمي بالأرض المجاورة . وحالة التصاق منقول بعقار في التصاق المنشآت بالأرض . فتكون هناك أحوال ثلاث للالتصاق : التصاق عقار بعقار ، والتصاق منقول بعقار . والتصاق منقول بمنقول (أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٥ ص ٢٣٣ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣١) .

والصحيح أن حالة التصاق الطمي بالأرض المجاورة لا تعدو أن تكون حالة التصاق منقول بعقار ، فالطمي قل أن يلتصق بالأرض المجاورة وهو في حالة تراكبه قد تحول من عقار إلى منقول ، ثم التصق بالأرض فأصبح عقاراً بطبيعته شأنه في ذلك شأن مواد البناء كانت منقولة ولما شيد بها البناء على الأرض أصبحت عقاراً (أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٠٩ ص ٢٩١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠ - إسماعيل غانم ص ٥٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٨١ هامش ١ - حسن كيرة ص ٥٨) . فلا يكون هناك إذن إلا حالتان للالتصاق : (١) التصاق منقول بعقار ، وهذا الالتصاق إما أن يكون التصاقاً طبيعياً بفعل المياه وهو التصاق الطمي بالأرض ، أو التصاقاً مشاعياً بفعل الإنسان وهو التصاق المنشآت بالأرض . (٢) التصاق منقول بمنقول . وعن ذلك يكون الشيء الذي التصق بغيره ، وأصبح مملوكه بسبب الالتصاق منقولا على الدوام .

بالمنفول وهي صور نادرة . فقد ترك القانون الأمر فيها للمحكمة ومسترشدة بقواعد العدالة . ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث . وحالة الطرفين . وحسن نية كل منهما » (م ٩٣١ مدني) . فإذا استطاع القاضي أن يميز الشيء الأصلي من الشيء التابع . ولم تحل قواعد العدالة أو الظروف المحيطة بالمالكين ، وبخاصة ظرف سوء النية . دون أن يجعل مالك الشيء الأصلي هو المالك للشيء التابع ، فعل ذلك . وقد يجعل ، عند عدم استطاعة التمييز بين الأصل والتبع . الشيء مملوكا على الشيوع للمالكين معا .

فالقاعدة إذن أن مالك الشيء الأصلي هو الذي يملك الشيء التابع ، ويملكه بسبب واقعة مادية هي واقعة الالتصاق . ولا يجوز الخلط . كما قدمنا ، بين تملك المالك للثمار المتولدة من الشيء وتملكه للشيء التابع بسبب الالتصاق . فلكية الثمار ليست ملكية جديدة . بل هي ملكية متفرعة عن ملكية الشيء الذي تولدت منه الثمار . فيمتد حق الملكية من الشيء إلى ثماره . أما الملكية بسبب الالتصاق فلكية جديدة مستقلة عن ملكية الشيء الأصلي . كسبت بموجب سبب مستقل قائم بذاته هو الالتصاق . فالمالك بالالتصاق قد كسب . بسبب جديد ، ملكية جديدة . أما مالك الثمار فلم يملكها بسبب جديد بل ملكها بموجب ملكيته الأصلية . وهذه الملكية الأصلية ذاتها هي التي جعلته مالكا للثمار ، إذ امتدت من الشيء إلى الثمار التي تولدت منه (١) .

(١) أنظر في هذا المعنى أوبري درو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٠ هامش ١ وفقرة ٢٠٢ ص ٢٤٨ هامش ١ - جوران ١ فقرة ١٦٥٠ - مازو فقرة ١٥٨٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٢٤٩ وفقرة ٢٥٦ ص ٢٥٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٩ ص ٤٩ هامش ١ - محمد عل عرفه ٢ فقرة ٢٥ ص ٤٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص ٣٦٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٨٢ - حسن كيرة ص ٥٧ - ص ٥٨ - وانظر عكس ذلك وأن الالتصاق ليس سبباً لكسب ملكية جديدة . وإنما هو واقعة تؤدي إلى إلحاق الشيء التابع بالشيء الأصلي . فيمتد حق الملكية من الشيء الأصلي إلى الشيء التابع كما يمتد إلى الملحقات من ثمار وغيرها : ديمولومب ٩ فقرة ٥٧٣ - بيداق وفراران فقرة ٣٣٧ ص ٣٥٧ - ص ٣٥٨ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٨٣٠ - شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٠٨ ص ٢٩٠ - عبد المنعم البديوي فقرة ٣٠ ص ٤٠ - وانظر في هذه المسألة أنسيكلوبيدي دالتون ١ لفظ accession فقرة ٢ - فقرة ٤ .

٩٠ - ما - تحرت التقنين المدني الجريد من النظام في الالتصاق :

لم يستحدث التقنين المدني الجديد في الالتصاق إلا قليلا من الأحكام ، وقد نقل أكثر أحكام الالتصاق عن التقنين المدني السابق . ونسبنا منه في الأحكام المتعلقة بتملك المنشآت المقامة على الأرض بسبب الالتصاق . فيز بين صور ثلاث :
فقد يقيم صاحب الأرض منشآت عليها بمواد مملوكة لغيره : وقد يقيم صاحب المواد منشآت على أرض مملوكة لغيره ، وقد يقيم شخص منشآت بمواد مملوكة لغيره على أرض هي أيضا مملوكة للغير . وصدر التقنين الجديد هذه الصور الثلاث بنص لا مقابل له في التقنين السابق ، إذ قضى بأن كل ما على الأرض أو نحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه أقامه على نفقته . ويكون مملوكا له . وجعل هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس . فقد يقيم أجنبي الدليل على أنه هو الذي قام بالمنشآت على نفقته بترخيص من صاحب الأرض أو بدون ترخيص . أو أن المنشآت إلى أقامها صاحب الأرض انتقلت ملكيتها إلى الأجنبي (م ٩٢٢ مدني) .

وأهم ما استحدث التقنين المدني الجديد من الأحكام هو ما يأتي :

- ١ - أجاز للقاضي . عند الحكم بالتعويض للباني في أرض الغير ، أن يجعل وفاء التعويض له على أقساط دورية (م ٩٢٧ مدني) .
- ٢ - عكس في حالة استثنائية أحكام الالتصاق ، فجعل صاحب البناء هو الذي يملك الأرض . وذلك فيما إذا كان المالك الذي يقيم بناء في ملكه قد جاز بحسن نية على جزء صغير من الأرض المجاورة ، فيجير صاحب الأرض المجاورة على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء الصغير من الأرض المشغول ببناء الجار . وذلك في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني)
- ٣ - لم يعمل أحكام الالتصاق في حالة المنشآت الصغيرة التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام ، كالأكشاك والخوانيت والمآوى . فهذه تكون ملكا لمن أقامها . ولا يملكها صاحب الأرض بالالتصاق (م ٩٢٩ مدني) (١) .

(١) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية

٩١ - أحوال الالتصاق : وقد جعل التقنين المدني للالتصاق أحولا

ثلاثا :

(الحالة الأولى) حالة الالتصاق الطبيعي بالعقار (accession naturelle)

وهي حالة التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه .

(الحالة الثانية) حالة الالتصاق الصناعي بالعقار (accession artificielle) .

وهي حالة التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان .

(الحالة الثالثة) حالة التصاق المنقول بالمنقول .

المبحث الأول

الالتصاق الطبيعي بالعقار

(التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه)

٩٢ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩١٨ مدني على ما يأتي :

« الأرض التي تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة

تكون ملكا للملاك المجاورين » .

وتنص المادة ٩١٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة » .

« ٢ - ولا يجوز التعدي على أرض البحر ، إلا إذا كان ذلك لإعادة

حدود الملك الذي طغى عليه البحر » .

وتنص المادة ٩٢٠ مدني على ما يأتي :

« ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة ، كياه البحيرات والبرك ،

لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراض ، ولا تزول عنهم ملكية

ما تغطي عليه هذه المياه » .

وتنص المادة ٩٢١ مدني على ما يأتي :

« الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها ، والجزائر

التي تتكون في مجراه ، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها (١) ونقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق م ٦٠-٦٣/٨٤-٨٨ (٢).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٨٧٩ - ٨٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٩٢٢-٩٢٥ - وفي

(١) تاريخ النصوص :

م ٩١٨ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٤ - ص ٣٠٥) .

م ٩١٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٦ - ص ٣٠٧) .

م ٩٢٠ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٧ - ص ٣٠٨) .

م ٩٢١ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠) .

(٢) التقنين المدني السابق :

م ٨٤/٦٠ : ما يحدث من ضي الأنهار على التدرج يكون ملكاً لملك الأرض التي على ساحل النهر .

م ٨٧/٢ : وأما الأراضي التي ينكشف عنها البحر المالح فتكون ملكاً للبحر .

م ٨٨/٦٣ : لا يجوز التعدي على أرض البحر إلا لإعادة حدود المالك إلى ما كانت عليه .

م ٨٦/١ : الطين الذي يحدث في البحيرات يكون ملكاً لأصحابها .

م ٨٥/٦١ : أما الأراضي التي يحولها النهر بقوة جريانه والجزائر التي تتكون فيه

فيتبع فيه منطوق اللائحة الصادر في سنة ١٢٧٤ (٢٤ ذي الحجة ١٢٧٤ هجرية) .

(ونصوص التقنين المدني السابق تتفق في أحكامها مع نصوص التقنين المدني الجديد) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٣ - ١١١٦ - وى قانون الملكية العقارية
اللبناني المراد ٢٠٦ - ٢١١ (١) .

وينبئ من هذه النصوص أن الالتصاق الطبيعي بفعل المياه قد يكون
بفعل مياه البحر أو بفعل مياه راكدة في البحيرات والبرك ، وليس في هذه
الحالة مجال للملك بالالتصاق . وقد يكون بفعل مياه النهر عن طريق تراكمه
الطمي . فالأرض التي تتكون من هذا الطمي تكون ملكا لصاحب الأرض
المجاورة . وفي هذه الحالة وحدها يقوم الالتصاق سببا لكسب الملكية ،
إذ يملك صاحب الأرض المجاورة الأرض التي تكونت من الطمي بسبب

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٩ : إن الطمي
أى التراب الذي يتجمع بطريقة تدريجية غير محسوسة على الأرض المجاورة لجرى ماء ، يكون
ملك هذه الأرض (توافق المادة ٩١٨ مصرى) .
م ٨٨٠ : إن الأراضي التي تتحول عن أماكنها بسبب حادث وقع قضاء إلى أرض
أوطأ منها ، يجوز للمالكها ، إذا كان من الممكن معرفتها ، أن يطالب بها في أثناء السنة التي
تلى الحادث ، وإذا انقضت السنة ولم يدع بها سقط حقه في الادعاء .
م ٨٨١ : إن الجزر الكبيرة والصغيرة التي تتكون بصورة طبيعية في مجرى الأنهار
أو مجارى المياه ، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٢ : إن الجزر الكبيرة والصغيرة والطمي التي تتكون في داخل البحيرات
وكذلك طمي البحيرات والبحر . هي جزء من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٣ : إن الأراضي المكتسبة من البحر أو البحيرات أو القردان أو المستنقعات
بدون ترخيص مسبق مكتشفها ، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٤ : ١ - إذا اتخذ نهر كبير أو صغير مجرى جديداً بتركه مجراه القديم ، فيه
لأصحاب المقارنات المجاورة الحاصل على ملكية المجرى القديم ، كل واحد في القسم الذي يكو
أنام أرضه حتى خط مقترض في وسط النهر . ٢ - يحدد المجرى القديم مجراه يمين
رئيس المحكمة البدائية المدنية في منطقة العقار . ٣ - يوزع الثمن الحاصل من هذا البيع بعه
تعمييض على أصحاب الأراضي التي أشغلها المجرى الجديد بنسبة قيمة ماخسر كل واحد من
من الأراضي .

(وهذه المواد تقابل المواد ٩١٩ - ٩٢١ مصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٢ - ٩٢٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٣ - ١١١٥ (توافق المواد ٩١٨ - ٩٢٠ مصرى) .

م ١١١٦ (توافق م ٨٨٤ سوري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٠٦ - ٢١١ (توافق المواد ٨٧٩ - ٨٨٤ سوري) .

الالتصاق . وقد يحول النهر أرضاً من مكانها إلى مكان آخر ، أو ينكشف عنها ، أو يكون جزراً في مجراه . وهذا ما يسمى بطرح النهر ، فهذه الأراضي جميعاً تخضع لقوانين خاصة ولا تسرى عليها أحكام الالتصاق . فنبحث كلا من هذه الحالات الثلاث .

٩٢ - فمن مياه البحر والمياه الراكمة والبحيرات والبرك : رأينا أن المادة ٩١٩ مدني تقضي بأن البحر إذا انحسر عن شاطئه وانكشف عن أرض . فهذه الأرض تكون من أملاك الدولة الخاصة (١) . وقد قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط أن شواطئ البحر تعتبر من الأملاك العامة ، ولكن الأراضي التي تتكون من طمي البحر والأراضي التي تنكشف عنها مياه البحر (les lais et relais de la mer) هي من أملاك الدولة الخاصة لا من أملاكها العامة ، فيجوز للدولة التصرف فيها (٢) .

ومن جهة أخرى إذا طغى البحر على الأراضي المجاورة لشواطئه فغمرها بالمياه . فإن ملاك هذه الأراضي لا يفقدون ملكيتها . وليس من شأن طغيان البحر وهو قوة قاهرة أن ينفقدهم هذه الملكية . ويجوز لهم أن يعملوا على إعادة حدود أراضيهم التي طغت عليها مياه البحر . ولكن فيما عدا ذلك لا يجوز لهم التمدد على أرض البحر : لا على شواطئه لأنها من أملاك الدولة العامة . ولا على الأرض التي ينحسر عنها أو يكونها طميه لأنها من أملاك الدولة الخاصة كما قدمنا .

وكالبحر البحيرات والبرك والمستنقعات . وقد رأينا أنها من الأملاك العامة للدولة (٣) . وتقضي المادة ٩٢٠ مدني سالف الذكر أن ملاك الأراضي

(١) ويمكن تعليل ذلك بأن شاطئ البحر هو من أملاك الدولة العامة . فذلك أن الدولة هي المالك المجاور (propriétaire riverain) للبحر ، أما المالك المجاور لشاطئ البحر فإنه ليس مالكاً مجاوراً للبحر نفسه (بودري وشوفو فقرة ٣٩٤) . وقبل صدور الفئتين المدني السابق (أي قبل عهد الإصلاح النقضاني ، كانت الأرض التي ينكشف عنها البحر تعتبر أرضاً لا مالك لها فكان يمكن تملكها بالاستيلاء لا بالالتصاق) استثناف مخطط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م (١٠ ص ٢٠٦) .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣ ص ١١٩ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٥٣ ص ١١٨ - وقد تكون البركة أو المستنقع مملوكة للأفراد ملكية خاصة ، ففي هذه الحالة يملك صاحب البركة أو المستنقع ما ينكشف من أرض ولا يفقد ملكية ما غمر من أرض . وهذا يعني لأن نفس البركة أو المستنقع مملوك له .

المجاورة لمجارى هذه المياه الراكدة لا يملكون ما تنكشف عنه من أراض
فالأراضي التي تنكشف عنها هذه المجارى هي إذن من أملاك الدولة الخاص
كالأراضي التي ينكشف عنها البحر فيما قدمنا . كذلك إذا غمرت مجارى هذه
المياه الراكدة الأراضي المجاورة ، فإن ملاك هذه الأراضي لا يفقدو
ملكيتها ، ويستطيعون العودة إلى حيازتها إذا انحسرت عنها المياه . فحكم المياه
الراكدة إذن كحكم مياه البحر ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد
في هذا الصدد : « والاتصاف بفعل المياه الراكدة كالبحيرات والبحر
يكون بانكشاف هذه المياه عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل
فرجع لصاحبها . أما إذا انكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد ، فإن هذه
الأرض تكون ملكاً للدولة . فحكم المياه الراكدة كحكم مياه البحر » (١) .

٩٤ - فعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمي (alluvion) :
رأينا (٢) أن المادة ٩١٨ مدني تنص على أن « الأرض التي تتكون من طم
يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكاً للملاك المجاورين »
ويستخلص من هذا النص أنه يشترط في تراكم الطمي بفعل مياه النهر
يكون الطمي قد جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة (*progressivement et*
imperceptiblement) (٣) ، فيجب إذن أن يتراكم الطمي على ضفة النهر
وبجانب الأرض المجاورة (٤) متدرجاً في خلال مدد طويلة متعاقبة وعلى
غير محسوس (٥) . أما إذا حول النهر فجأة ، بفعل قوة الفيضان غير العادي
أرضاً من مكانها إلى مكان آخر . فليس هذا تراكم الطمي التدريجي :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٣١٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٩٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٦٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٧

٣٩ من ٢٢٢ .

(٤) أو بجانب جزيرة أصبحت هي نفسها ملكاً خاصاً لأحد الأفراد (استئناف ٢

٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٣٣٢) .

(٥) أما الطمي الذي يتكون من المصارف ويتخلف فيها بسبب هدم تطهيرها
طويلة ، فهذا لا يجوز ملك الأرض المجاورة أن يملكها بالاتصاف ، بل يرجع الحكم
ملكيتها إلى القواعد العامة (استئناف معمر ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المأماة ١ رقم ١٥ من ٣٨

المحسوس (alluvion) وإنما هو طرح النهر (avulsion) . ولا تكون الأرض المنتزعة ملكاً للملاك المجاورين بطريق الالتصاق . وإنما تكون من الأملاك الخاصة للدولة وتسرى عليها أحكام القوانين الخاصة بها كما سيجيء . وإذا كان يشترط في تراكم الطمي أن يكون غير فجائي . فإن هذا لا يمنع من أن يكون ظهوره فجائياً . فقد يتراكم الطمي على مدى السنين بطريقة تدريجية غير محسوسة ولكنه يكون مغطى بالماء غير ظاهر . ثم يزيد تراكم الطمي فتظهر الأرض المتكونة منه فجأة فوق الماء . وتصبح مملوكة للملاك المجاورين بطريق الالتصاق (١) . ويجب أن تعلو الأرض المتكونة من الطمي أعلى منسوب المياه في أشد وقت من أوقات فيضان النهر (٢) . وإلا بقيت جزءاً من مجرى النهر . وذلك بشرط أن يكون الفيضان عادياً (٣) فلا يعتد بتغطية المياه للأرض في أثناء الفيضانات نهر العادية . ويستوى أن يكون تراكم الطمي قد نشأ من فعل مياه النهر بطبيعتها (٤) ، أو أن يكون هذا التراكم قد جاء نتيجة لأعمال قام بها الملاك المجاورون أو النهر على ضفتي النهر (٥) . ويجب أخيراً أن تكون الأرض المتكونة من الطمي قد تكونت ملاصقة لاضفة

(١) استئناف مخطط ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٢٢٢ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٣ .

(٣) وقد قفت محكمة النقض بأنه يشترط أن تكون الأرض المتلصقة نتيجة لانسي قد بلغت من الارتفاع حداً يجاوز منسوب ارتفاع المياه في وقت الفيضان العادي (نقص مدني ١١ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٢ ص ١٤٨) . وانظر استئناف مخطط ٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٢ - عبد المنعم البدراوي فقرة ٣٥ ص ٤٣ - حسن كيرة ص ٦١ .

(٤) ولو بتحول سير المياه دون أن يترك النيل مجراه (استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٠) . وإذا ادعت الحكومة أن الزيادة هي طرح النهر فيكون هذا . وليس تراكم طمي فيكون للجوار ، فليها هي عبء الإثبات (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٨ ص ١٠٨) .

(٥) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ - بودري وشوفو فقرة ٣٨٣ - بلانيزول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص ٢٥٩ - استئناف مخطط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٤٢ - نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ١١٨ .

ولكن لا يجوز أن تكون هذه الأعمال قد قام بها المالك بقصد ترسيب مياه النهر للإسراع في عملية تراكم الطمي . كأن يضع رؤوساً من الأحجار أو الأخشاب في مجرى النهر تساعده

النهر . فإذا حال بينها وبين ضفة النهر جسر مجرى عام (١) أو كانت المياه لا تزال تجري بينها وبين ضفة النهر . فإنها لا تخضع لأحكام الالتصاق (٢)

ومتى توافرت الشروط المتقدمة الذكر . فإن الأرض المتكونة من الطمي تصبح ملكاً للمالك الأرض المجاورة لها وذلك بطريق الالتصاق . وهذه هي الصورة الوحيدة للتملك بالالتصاق بفعل المياه كما سبق القول . ويلاحظ أن الأرض المتكونة من الطمي كانت قبل أن تلتصق بضفة النهر طمياً من أملاك الدولة العامة . فأصبحت بالالتصاق ملكاً خاصاً للمالك الأرض المجاورة ولا يلتزم هذا المالك بدفع تعويض للدولة . وعلى ذلك يكون الالتصاق ونقل الشيء من الملك العام للدولة إلى الملك الخاص لصاحب الأرض المجاورة دون تعويض (٣) ، وهنا أيضاً تكون هذه الحالة هي الحالة الوحيدة التي يتملك فيها صاحب الشيء الأصلي بالالتصاق الشيء التابع دون أن يبدى تعويضاً لصاحب هذا الشيء التابع (٤) .

- على تجمع الطمي . فإن هذا يكون تعدياً على مجرى النهر وللإدارة أن تمنعه ، ويكون المالك هنا ملكاً للدولة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥١ هامش ٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣ ص ٥٤ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٨ ص ٢٣٧ - عبد الفتاح عبد الباق فقرة ٢١٢ ص ١٩٤ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٢ ص ٣٦٦ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٨٤ حسن كيرة ص ٥٧ - نفقش مدني ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩ استئناف مخطط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٧) .

(١) نفقش مدني ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩
(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٠ - ص ٣٥١ - وقد قضى بأنه يشترط في النهر أن يظهر فوق أعلى منسوب لمجرى النهر وقت فيضانه العادي ، وأن يكون ملتصقاً بأرض المالك على ساحل النهر . وأن يتكون بالتدريج وبطريقة غير محسوسة دون أن يكون لأحد الحكومة دخل في تكوينه (مصر الكلية ٢٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٧٦ ص ٣٩٦)
(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨٩ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الزيادة التي تحدث من طمي الأنهار على التربة تكون ملكاً للمالك الأرض التي على الساحل ، فإذا وضع المالك يده على تلك الزيادة ونازعته المحكمة في ملكيتها بدعى أنه استأجرها بمقد وقته ، فلا يكون ذلك سبباً لحرمانه من ملكيتها القائم متى تبينت المحكمة أن أحوالاً اضطرارية اقتضت ذلك التوقيع . ومن ثم يجب الحكم للمالك بصرف النظر عن توقيعه عقد الإيجار (استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الر ٢٧ رقم ١١٦ ص ١٨٧) .

(٥) وإذا أرادت الحكومة أن تظهر النهر بإزالة ما يتراكم من الطمي على ضفتيه فإن كان الطمي قد تكون أرضاً وأصبح ملكاً خاصاً لصاحب الأرض المجاورة ، لم تد الحكومة أن تزيل هذه الأرض بدعى أنها كانت طمياً قبل ذلك وكان يملكها لها ، بل عليها أن تتخذ إجراءات نزع الملكية . أما إذا كان الطمي لم يتكون بعد ، فإن الحكومة تد أن تزيله قبل أن يكتمل تكوينه (محمد كامل مرسى ٣ رقم ٤٤ ص ٥٧ - عبد المنعم البدر فقرة ٣٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٢ ص ٣٦٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١ ص ٢٨٤ حسن كيرة ص ٦١) .

وإذا تعددت الأراضي المجاورة للأرض التي تكونت من الطمي على النحو سالف الذكر . واختلف ملاكها . تمتد كل مالكة منهم الجزء المقابل لأرضه . أى الجزء الواقع بين مستقيمين عموديين متعامدين على جهة النهر من نهايتي كل أرض (١) .

٩٥ - طرح النهر وأكده : رأينا (٢) أن المادة ٩٢١ مدني تنص على أن « الأراضي التي يحولها النهر من مكانها . أو ينكشف عنها . والجزائر التي تتكون في مجراه . تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها » . ويستخلص من هذا النص أن النهر . في أوقات فيضانه الشديد . قد يحول جزءا من الأرض عن مكانه إلى مكان آخر . في نفس الضفة أو في الضفة المقابلة . وقد ينكشف النهر عن أرض كانت جزءا من مجراه . ويغمر أرضا أخرى فتحول مجرى له . وقد يكون الطمي في وسط مجراه جزرا ترتفع عن أعلى منسوب المياه . فتظهر أرضا في وسط الماء الذي يحيطها من جميع الجهات . وقد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويل النهر أرضا من مكانها والقذف بها في وسط المجرى . فتعلو على منسوب المياه وتصبح جزرا في مجرى النهر وهذه العمليات جميعا - تحويل الأرض من مكانها والانكشاف عنها وتكوين الجزر - تتضمن ظهور أرض جديدة في مكان لم تكن فيه وهذا ما يسمى بطرح النهر . واختفاء أرض عن المكان الذي كانت فيه من قبل وهذا ما يسمى بأكل النهر .

(١) أوبرى ورد ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٥ - بلانبول وريير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص ٢٥٩ - متى تملك صاحب الأرض الملاصقة الطمي على النحو سالف الذكر . فإن هذا الجزء يعتبر جزءا لا يتجزأ من أرضه . وتمتد إليه الحالة القانونية التي للأرض الأصلية . فإذا كانت هذه الأرض مثقلة برهن أو امتياز أو حق ارتفاق أو حق انتفاع أو بتكليف عين آخر ، امتد هذا التكليف إلى الطمي . وإذا كان صاحب الأرض الأصلية في طريقه إلى تملكها بالتقادم ثم تملكها بهذا السبب ، فإنه يملك معها الطمي حتى ولو لم تكتسب مدة التقادم بالنسبة إلى هذا الطمي (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥ - عبد المنعم البداروي فقرة ٢٥ ص ٤٤) . وإذا بيعت الأرض تحت شرط واقف . وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة ، فهذه الزيادة عند تحقق الشرط تكون للشعري دون زيادة في الأمن . وكذلك إذا بيعت الأرض تحت شرط فاسخ ، وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة ، فإن الأرض عند تحقق الشرط تعود بالزيادة إلى المتصدق بها لبايع دون مقابل (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥ ص ٤١) .

(٢) أنظر آفا فقرة ٩٢ .

وتنقض المادة ٩٢١ مدني ، كما رأينا ، بأن ملكية الأراضي التي يشتمل عليها طرح النهر تخضع لأحكام القوانين الخاصة بها . وهذه القوانين الخاصة تسري أيضا ، بطريق التلازم ، على أكل النهر . وقد تعاقبت هذه القوانين الخاصة ، يأتي قانون بعد آخر بلغه ويحل محله . وأولها اللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ ذي الحجة سنة ١٢٧٤ هجرية (سنة ١٨٥٨ ميلادية) (١) . وتلاها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ (٢) . ثم تلاه القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ ،

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام اللائحة السعيدية ، بأن تعتبر أطيان الجزائر (طرح البحر) عملاً ينص المادة ٦١ من القانون المدني القديم وبمفهوم اللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ من ذي الحجة سنة ١٢٧٤ هـ مملوكة أصلاً للحكومة ، ولا تنتقل ملكيتها إلى الأفراد إلا بتوزيعها عليهم أو بيعها إليهم بالمواد . وإذن فإن الحكم المطعون فيه ، بإسجل عجز مورث الطاعنين عن إثبات تملكه هذه الأطيان بأى سبب من أسباب التملك ، يكون قاطعاً أقام قضاءه بملكية الحكومة لها ويرفض دعوى المورث المذكور على أساس يكنى لحمله (نقض) مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول من ٣٠٣ رقم ٢٠) .

وقضى أيضاً ، تطبيقاً لللائحة السعيدية ، بأن الحق في مطالبة الحكومة بفقد أكل البحر في المكلفات ينشأ من التاريخ الذي يقع فيه أكل البحر ، ويسقط بمضي ١٥ سنة (استئناف أسيوط ١٨ مايو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤١ من ٢٣١) وقضى : تطبيقاً لنفس اللائحة . بأنه وإن كانت المادة ١٤ من اللائحة السعيدية قضت بأن الأطيان الناتجة من طرح البحر يستوفى منها المالك من أهل البلاد المجاورة لتلك الأطيان ماسبق أن أكله البحر من أطيانه ثم يباع ما يكون زائداً لأهالي تلك البلاد وبطريق المزاد . إلا أن هذا النص لا يمنع الحكومة من تأجير تلك الزيادة بدل بيعها . فإن إعطاء الحكومة الحق في بيع تلك الأطيان بعد استيفاء عجز أطيان الأهالي معناه أن هذه الزيادة تعتبر ملكاً للحكومة ، وحتى كانت الملكية مقرر للحكومة فإنه كما يكون لها بيعها يكون لها تأجيرها (استئناف وطني ٨ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٢ من ١٦٩) .

أنظر في نصوص اللائحة السعيدية محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠ من ٦٥١ هامش ١ (٢) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، بأن القول بأنه إذا صدر قرار من وزير المالية بتوزيع طرح البحر مخالفاً لنصوص القانون رقم ٨ لسنة ١٩٣٢ وجب على المحاكم عدم الاعتداد به بخالفته نص المادة ٩ من الدستور التي تنص بآلا ينزع من أحد ملكه إلا للخدمة العامة وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً ، هذا القول مردود بأن الأطيان التي يعطى عليها البحر تزول ملكيتها قانوناً بمجرد أكل البحر . وبأن أطيان طرح البحر لا تعتبر مملوكة لمن أكل البحر من أطيانه إلا بعد توزيعها عليهم من الموزع التي تعتبر المالكة قانوناً لأحكام المطرح بمجرد ظهورها . وعلى ذلك لا يكون قرار وزير المالية بالتوزيع متفصلاً نزع ملكة أى شخص من ملكه (نقض مدني ١٦ ديسمبر مجموعة

ثم القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ ، فالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨^(١) وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، وهو القانون المعمول به الآن ، وقد أفرد الباب الثاني منه للأحكام الخاصة بطرح النهر

المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٣ رقم ٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى صار توزيع طرح البحر على أربابه شيوعاً فيما بينهم بمقتضى قرار وزير المالية طبقاً للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، كان هذا القرار سنداً بملكية الشركاء ومصدراً للشروع فيما بينهم . ولا تكون هناك صلة لهذه الملكية بملكيّتهم التي أكلها البحر ، والطرح الجديد يصبح منذ ظهوره ملكاً للدولة حتى يوزع على أربابه طبقاً لشروط القانون (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤١) . وقضت كذلك بأن تعتبر أراضي طرح البحر ، وفقاً لنصوص المادتين ٢ و ١٠ من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٢ ، من أملاك الدولة التي توزع بقرار من وزير المالية غير قابل للمعارضة . ويعتبر هذا القرار سنداً للملكية له قوة العقد الرسمي . وهذه النصوص إنما تسري على أراضي « الميرى » الخاصة المتخلفة من طرح البحر ، ولا شأن لها بالأماكن العامة . فإذا كان الحكم المعلوم فيه قد نفي تخلف الأجزاء المطالب بمقابل الانتفاع بها عن طرح البحر ، لوقوعها في مجرى النهر المعتبر من الأموال العامة التي لا يجوز تملكها أو التصرف ، فإنها لا تكون محلاً لصدور قرار من وزير المالية بتوزيعها ، ولا قرار من جهة الإدارة باضافتها إلى الملك الخاص للأفراد . وصدور مثل هذا القرار لا يكون مستنداً إلى القانون ، ويكون من حق جهة الإدارة المدول عنه (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) .

(١) وكانت القاعدة المتبعة منذ الإلحقة السعيدية هي أن الحكومة تقوم بتوزيع طرح النهر على أصحاب أكل النهر . وظلت هذه القاعدة معمولاً بها مع اختلاف في تفصيلات التنظيم إلى أن صدر قانون سنة ١٩٥٧ ، فاستحدث هذا القانون قاعدة جديدة هي تمويش أصحاب الأكل تمويشاً تقديماً لا تمويشاً عينياً . وبقيت هذه القاعدة الجديدة معمولاً بها في قانون سنة ١٩٥٨ ، وأنشئت بموجب المادة ٥ من هذا القانون « مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله » تنول بيع أراضي الطرح بعد فترة انتقالية تؤجر فيها هذه الأراضي لصغار الفلاحين . ومن ثمن بيع هذه الأراضي يموش أصحاب الأراضي المأكولة ، ومقدار التمويش هو خسون مثلاً من ضريبة الأطنان .

وقد ألغيت « مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله » بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٨٣ لسنة ١٩٦٢ ، وأحيلت أعمالها على الإدارة العامة للأملاك وطرح النهر . ثم أدمجت هذه الإدارة في الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٥٨٦ لسنة ١٩٦٣ ، وأصبح لمجلس إدارة الهيئة الاختصاصات التي كانت مقررة لمجلس إدارة صندوق طرح النهر وأكله .

وأكله ، فتتف عتده وحده ، وتستعرض فى إيجاز هذه الأحكام (١) .

يعتبر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ مملوكا للدولة ملكية خاصة « أراضي طرح النهر ، وهى الأراضي الواقعة بين جسر نهر النيل وفرعيه التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون فى مجراه » (م ٢-١) . وتفصل المادة ١١ من نفس القانون هذا الحكم ، فتتضمن على أن « يكون طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة . وتتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى حصر مقدار طرح النهر وأكله فى كل سنة ، وذلك بعد عمل المساحة بالاشتراك مع الجهات الإدارية المختصة بوزارة الخزانة والمحافظة . ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضي أو من ينيبه بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنوياً ، ويودع هذا القرار فى مكتب الشهر العقارى المختص بغير رسوم . ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية » (٢) . وتبدأ الإدارة بتأجير أراضي الطرح إلى أن تتمكن من بيعها ، ويكون التأجير طبقاً لأحكام المادة ٥ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فتؤجر فى حدود سبعة أمثال الضريبة الأصلية المقدرة لها أو على أساس أجرة المثل . ثم تباع هذه الأراضي طبقاً للأحكام المقررة فى التصرف فى الأراضي الزراعية بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فتوزع على صغار الفلاحين طبقاً لأحكام قانون

(١) وقد ألقى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (م ٨٦) أيضاً قرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ الخاص بالشروط والأوضاع اللازمة لبيع طرح النهر لصغار المزارعين .
 (٢) وقد قدّمنا أنه قبل صدور قانون سنة ١٩٥٧ كانت القاعدة المتبعة هى توزيع أراضي طرح النهر توزيعاً عينياً على أصحاب أكل النهر ، ويتم التوزيع بنسبة تتعادل بين ما أكل وما طرح . ويصدر بالتوزيع قرار من وزارة المالية . ويجب تسجيل هذا القرار ، ويترتب على تسجيله نقل الملكية لمن وزع الطرح عليهم وإمكان التصرف فى الأراضي الموزعة . وتسجيل القرار غير واجب قبل نفاذ قانون الشهر العقارى ، فإن هذا القانون هو الذى أوجب شير التصرفات الإدارية التى تتناول حقوقاً عينية عقارية . وليس له تأثير رجعى . ولا أثر رجعى كذلك لقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ ، وتنص المادة العاشرة منه على أن يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ، ويكون سنداً له قوة العقد الرسمى ، ويسجل بملون رسم (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٤ رقم ٢٤) .

الإصلاح الزراعى (م ١/٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) (١) . ولا يدخل فى الأراضى التى توزع أراضى طرح النهر غير ثابتة التى لم يعمد على ظهورها سنتان ، وكذلك الأراضى الواقعة فى أسفل مبول الطرح الواضى التى لا تنحسر عنها المياه حتى أواخر شهر فبراير من كل سنة . وذلك حتى تستقر هذه الأراضى وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقاً لحالتها على الطبيعة ووصفها الوارد فى سجلات قوائم الحصر والمساحة (م ٢/٨ من قانون سنة ١٩٦٤) (٢) . ويعرض أصحاب أكل النهر تعويضاً نقدياً ، بما يعادل خمسين مثلاً من الضريبة العقارية المفروضة على الحياض الواقعة بها أكل النهر وقت حدوثه . وإذا لم تكن هذه الحياض قد ربطت عليها ضريبة وقت صدور الأكل أو إذا تعذر تحديد الحوض الواقع فيه الأكل ، كان تقدير التعويض على أساس متوسط الضريبة المفروضة وقت الأكل على حياض أراضى الجزائر الملاصقة للنيل فى البلدة الواقعة فى زمامها الأكل (م ١/١٤ من قانون سنة ١٩٦٤) (٣) . ولا يجوز التصرف فى حق التعويض عن أكل النهر ، ويقع باطلاً كل تصرف يتم بالمخالفة لهذا الحكم (م ٢/١٤ من قانون سنة ١٩٦٤) . وترفع الضرائب العقارية عن الأراضى التى يأكلها النهر ابتداء من أول شهر يناير التالى لتاريخ حدوث الأكل ، وتربط على أراضى طرح النهر التى توزع أو تباع الضريبة العامة للحوض الذى تقع فيه ابتداء من أول يناير التالى لتاريخ تسليمها إلى المتصرف إليه فيها (م ٢٠ من قانون سنة ١٩٦٤) .

(١) ويجوز على سبيل الاستثناء ، طبقاً لأحكام المادة ١٠ من قانون سنة ١٩٦٤ ، بيع أراضى الطرح بطريق الممارسة فى حدود خمسة أفدنة لكل مشتر ، إلى طوائف معينة حددتها المادة ١٠ المذكورة . وتحدد اللائحة التنفيذية لقانون سنة ١٩٦٤ مراتب الأولوية فى الشراء بين هذه الطوائف ، والشروط الواجب توافرها فى المتصرف إليهم ، وقواعد تقدير ثمن الأراضى المتصرف فيها ، وشروط أداء هذا الثمن ومدة وفوائده ، وسائر أحكام البيع الأخرى .

(٢) وتنص المادة ١٣ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن «لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يصدر قراراً بتخصيص طرح النهر المتصل بمراسى للمعادى المقررة أو بمواقع الموارد أو للأغراض لمشروع عام لمنفعة تلك المراسى أو الموارد أو هذا المشروع العام ، بناءً على طلب الوزارة المختصة . وإذا أُسئِلَ المرسى أو المورد أو المشروع العام ، جاز التصرف فى هذا الطرح طبقاً لأحكام هذا القانون » .

(٣) انظر فى إجراءات إعطاء التعويض لأصحاب أكل النهر المواد ١٥ - ١٨ من قانون

وتختص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي بالفصل في المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله . وتكون القرارات الصادرة من هذه اللجنة نهائية وغير قابلة لأي طعن بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ، وتنفذ بالطريق الإداري (م ٢١ من قانون سنة ١٩٦٤) .

المبحث الثاني

الاتصاق الصناعي بالعقار (التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان)

٩٦ - مالك الأرض يعتبر مالكا للمنشآت التي فيها - نص قانونه :

تنص المادة ٩٢٢ مدني على ما يأتي :

١ - كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له .

٢ - ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل ، أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٧ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية ، وفيما عدا أن المشروع التمهدي في الفقرة الثانية ورد فيه عبارة « على الأرض » بدلا من عبارة « كانت قائمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٤ في المشروع النهائي ، بعد تعديلات لفظية . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٩١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « على الأرض » الواردة في الفقرة الثانية « لأن المنشآت قد تكون على الأرض أو تحتها » ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٢٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله بلجته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١١ - ص ٣١٣) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن جرت بعض الأحكام على هذا المبدأ (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٦) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٨٦ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٧ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١١٣ (موافق) .

ويتبين من النص المتقدم ، في فقرته الأولى ، أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى (١) يعتبر من عمل صاحب الأرض . وأنه هو الذي أنشأه على نفقته ، ومن ثم يكون مملوكاً له . وتستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام سبق أن بسطناه عند الكلام في حق الملكية في الجزء الثامن من الوسيط ، وتقرره المادة ٨٠٣/٢ مدني إذ تقول : « وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيء في التمتع بها ، علواً أو عمقا » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص الأخير : « ملكية الأرض تشمل السطح وما فوقه علواً وما تحته عمقا إلى الحد الذي يصلح للاستعمال . . . وتأسيساً على هذا المبدأ أورد المشروع نصين . . . يقرر في الثاني أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له » (٢) . وعلى ذلك إذا قامت منشآت فوق الأرض أو تحتها ، فالمفروض أنها مملوكة لصاحب الأرض وأنه هو الذي أقامها على نفقته ، ولا يجوز في خصومة بينه وبين شخص آخر بدعى ملكية هذه المنشآت أن يطالب باقامة الدليل على ذلك . كذلك إذا رفع شخص دعوى استحقاق على الحائز لأرض أقيم فيها منشآت ، وقدم الدليل على ملكيته للأرض ، فهذا الدليل وحده يكفي لافتراض أنه يملك المنشآت أيضاً دون أن يطالب باقامة دليل غير الدليل الذي قدمه على ملكيته للأرض .

(١) ومثل المنشآت الأخرى غير البناء والغراس أن تقدم في الأرض آلات أو مضخات أو أحواض تلتصق بها وتصبح عقاراً بطبيعته ، ويمكن نزعها من الأرض وإعادة الأرض إلى أصلها . وكذلك المنشآت التي تقام فوق الأرض المنشآت التي تستحدث تحتها ، كالاتفاق والمواسير والبراديب وما إليها . ولا تدخل في المنشآت المحاصيل الزراعية السورية ، لأن مصيرها للمصايد فلا تبقى في الأرض على سبيل الاستقرار والدوام . وقد قفت محكمة النقض بأن المقصود بالمنشآت هو البناء والغراس الحادث في الأرض على سبيل الدوام ، فلا تدخل المحاصيل الزراعية السورية لما لها من نهاية معلومة (نقض مدني ٣ ماير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٠ ص ٦٣٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ - ص ١٨ .

ويتبين كذلك من النص سالف الذكر ، في فقرته الثانية ، أن القرينة القانونية التي أقامتها الفقرة الأولى على النحو المتقدم قرينة قابلة لإثبات العكس . فيجوز للخصم الذي يدعى ملكية المنشآت دون الأرض أن يدحض هذه القرينة القانونية بتقديم الدليل على أن المنشآت مملوكة له ، فيقع عبء الإثبات عليه دون صاحب الأرض (١) . ويجوز له أن يثبت ملكيته للمنشآت أيا كانت قيمتها بجميع الطرق ويدخل فيها البيئة والقرائن ، إذا كانت الواقعة التي يدعيها سببا لكسب هذه الملكية واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، كما إذا ادعى أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته . أما إذا ادعى أن سبب كسب ملكيته للمنشآت هو تصرف قانوني ، كما إذا ادعى أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض ينحوله ملكية المنشآت أو ينحوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فلا يجوز له أن يثبت هذا التصرف القانوني إلا وفقا للقواعد المقررة في إثبات التصرفات القانونية ، أي بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما يتجاوز قيمته عشرة جنيهات .

ونرى من ذلك أن الدليل العكسي الذي يقدمه من يدعى ملكية المنشآت إما أن يكون تصرفا قانونيا أو واقعة مادية . وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدني سالفه الذكر صراحة ، كمثل للتصرف القانوني ، أن يقيم أجنبي الدليل على أن صاحب الأرض قد خوله ملكية المنشآت . ويتحقق ذلك إذا أثبت الأجنبي أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض على أن يملك الأجنبي الأبنية القائمة فوق سطح الأرض أو المشيدة تحت السطح ، بطريق الشراء أو بأي تصرف آخر ناقل للملكية . كذلك يستطيع الأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض ينحوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فيكون هو لا صاحب الأرض الذي أقام المنشآت على نفقته وتملكها بموجب هذا الاتفاق . وتنص المادة ٨٠٣/٣ مدني تأكيداً لذلك : « ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا

(١) نقض مدني ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٣٨ ص ١٠١٩ .

الصدد : « ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلاً عن السطح نفسه ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام . وما . . . حتى الحكر وحق النعل إلا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح » (١) . ويلاحظ أنه إذا تملك الأجنبي المنشآت القائمة في الأرض بموجب اتفاق بينه وبين صاحب الأرض ، فإنه لا يكون هناك مجال لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية . وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها كما يقول النص . ولا يحق لصاحب الأرض أن يطالب بملكية المنشآت عن طريق الالتصاق على خلاف الاتفاق الذي تم بينه وبين صاحب المنشآت . وأجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدني سالفه الذكر صراحة أيضاً ، كمثل للواقعة المادية . أن يقيم الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض . ولكن هنا يقوم الالتصاق سبباً لكسب الملكية ، ومتى أقام الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته ، فإن صاحب الأرض يملك المنشآت بالالتصاق (٢) في مقابل دفع تعويض للأجنبي .

٩٧ - صور تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق :
وإذا أقام الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته ، أو أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت لأن الأجنبي هو الذي كان يملك المواد التي أقيمت المنشآت بها ، فلا يخلو ذلك من أن يكون في إحدى صور ثلاث :

الصورة الأولى : أن يكون صاحب الأرض هو الذي أقام المنشآت في أرضه بأدوات مملوكة للأجنبي : فيكون صاحب الأرض هو الباني (٣) بأدوات غيره .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقيم على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥٤٥) .

(٣) نقول « الباني » تعليقاً للنقض الراجع ، فقد تكون المنشآت غراساً أو شيئاً آخر غير البناء والفراش كما سبق القول ، ولكن الغالب أن تكون المنشآت بناءً . والأحكام التي سنورد هنا في شأن البناء تسري على الفراش والمنشآت الأخرى .

الصورة الثانية : أن يكون الأجنبي هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة له ، فيكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره .

الصورة الثالثة : أن يكون الأجنبي هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة لشخص ثالث ، فيكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بعد أن قررت المادة . . قرينة فى صالح مالك الأرض هى أنه مالك لما فوقها وما تحته ، أصبح عبء الإثبات على من يدعى ملكية بناء أو غراس أو منشآت أخرى والأرض ليست له . فإذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت ، فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة : إما أن يكون صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره ، وإما أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره ، وإما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره » (١) . وفى هذه الصور الثلاث جميعا يملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق ، سواء كان هو الذى بنى بمواد غيره فى أرضه ، أو كان البانى أجنبيا قد بنى فى أرضه بمواد مملوكة للأجنبي أو مملوكة لشخص ثالث . وفى جميع الأحوال يجب على صاحب الأرض ، فى مقابل تملكه للمنشآت ، أن يعرض صاحبها وفقا للأحكام التى سيأتى بيانها ، وهى أحكام تقوم فى أساسها على مبدأ الإثراء بلا سبب (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٩ - ص ٣٣٠ .

(٢) ويستوى فى كل ذلك أن تكون الأرض ملكاً أو وقفاً ، وقد ألقى الوقف على غير الخيرات بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، ولكن بقى الوقف على الخيرات . وقد قضت محكمة النقض بأن النزاع فيما زاده واضح اليد فى الأرض الموقوفة من مثل بناء أو شجر هونزاع فى أمر مدنى محض خاضع لأحكام القانون المدنى لا لأحكام الشريعة الإسلامية (نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٥٦) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا بنى شخص فى أرض موقوفة وهو يعتقد أنها ملكه لأنها آلت إليه بطريق الشراء من تملكها كذلك بالشراء ، اعتبر بناؤه حاصلًا دون غش بالمعنى الوارد فى المادة ٦٥ مدنى (استئناف مصر ١٦ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٠٧ ص ٣٦٩ - وانظر أيضاً استئناف وطنى ٢١ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٤ ص ٨٤) . وقضى بأن للواقف البانى فى ملك الرثث من التصرف فى بنائه ، كما له حق الفرار . ولا حق بلهجة الرقف سرام

وقبل أن نعرض بالضميل لكل من الصور الثلاث التي قدمناها لكسب صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق ، نذكر أنه يجب لتحقيق الالتصاق سببا لكسب ملكية المنشآت أن تكون هذه المنشآت قد اندمجت في الأرض

- في خيار إبقاء المباني ودفع قيمتها مستحقة الهدم أو مازاد من ثمن العقار الموقوف بسبب إنشائها ، أو في طلب إزالتها إذ هذا الحق يكون للوقف في بعض الصور في حالة ما إذا كان الباني غير الواقف (استئناف مصر ٦ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٨ ص ٥٣٦) . وإذا أقيمت المنشآت في أرض الوقف من ناظر الوقف أو من أحد المستحقين ، فانه يرجع في ذلك إلى قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وإلى أحكام الشريعة الإسلامية ، لأن الأمر يكون متعلقاً بنظام الوقف نفسه . وقد قضت محكمة النقض بأن بناء الناطرة من مالها الخاص في عين موقوفة هي المستحقة الوحيدة لها طول حياتها لا تخضع قواعد القانون المدني ، بل إن قواعد الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق في هذا العدد (نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠٧) . ففيما يتعلق ببناء الوقف ، إذا احتاجت أعيان الوقف إلى العمارة - ويدخل في العمارة أن تبنى في الأرض بيوت تستغل وتصبح في حكم الدور الموقوفة : محمد أحمد فرج السهري في قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ ص ٩٢٤ - فإن أحكام المادتين ٥٤ و ٥٥ من قانون الوقف هي التي تسرى . وتنص المادة ٥٤ من هذا القانون على أن « يحتجز الناظر كل سنة ٢,٥٪ من صافي ريع مباني الوقف يخصص لعمارتها ويودع ما يحتجز خزانة المحكمة ، ويجوز استغلاله إلى أن يحين وقت العمارة ، ولا يكون الاستغلال والصرف إلا بأذن من المحكمة - أما الأراضي الزراعية فلا يحتجز الناظر من صافي ريعها إلا ما يأمر القاضي باحتجازه ، للصرف على إصلاحها أو لإنشاء وتجديد المباني والآلات اللازمة لإدارتها أو للصرف على عمارة المباني الموقوفة التي شرط الصرف عليها من هذا الريع بناء على طلب ذوى الشأن . وللناظر ولكل مستحق ، إذا رأى أن المصلحة في إلغاء الأمر بالاحتجاز أو تعديله ، أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما ترى فيه المصلحة . وتطبق هذه الأحكام ما لم يكن للواقف شرط يخالفه » . وتنص المادة ٥٥ من نفس القانون على أنه « مع مراعاة أحكام المادة السابقة ، إذا احتاجت أعيان الوقف كلها أو بعضها لعمارة تزيد نفقتها على خمس فاضل غلة الوقف في سنة ، ولم يرض المستحقون بتقديم العمارة على الصرف ، شرط الواقف تقديم العمارة أو لم بشرطه ، وجب على الناظر عرض الأمر على المحكمة لتأمر ، بعد سماع أقوال المستحقين ، بصرف جزء من الغلة للقيام بالعمارة أو احتجاز جميع ما تحتاج إليه العمارة أو باستخدام الاحتياطي المبين في المادة السابقة كله أو بعضه . وتنتج هذه الأحكام في الصرف على إنشاء ما ينشئ ريع الوقف عملاً بشرط الواقف . ومع مراعاة أحكام المادة ١٨ ، يجوز للمحكمة أن تبيع بعض أعيان الوقف لعمارة باقيه بدون رجوع في غلته ، متى رأت المصلحة في ذلك » . أنظر في شرح هذه النصوص محمد أحمد فرج السهري في قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ - فقرة ٧١٨ ص ٩٢٣ - ص ٩٣٦ - أما فيما يتعلق بعمارة المستحقين لوقف ، فلم يمد بعد إزاء الوقف الأهل مستحق إلا الخيرات الموقوفة عليها .

اندماجا تاما وأصبحت بهذا الاندماج عقارا بطبيعته . أما مجرد وضع منقول في أرض الغير دون أن يندمج في الأرض فيصبح عقارا بطبيعته ، فلا يكفي لأن يملك صاحب الأرض المنقول بالالتصاق . وحتى لو خصص صاحب الأرض المنقول لخدمة الأرض أو استغلالها ، فإن هذا لا يكفي أيضا لجعل المنقول عقارا بالتخصيص ، إذ يجب ليكون المنقول عتارا بالتخصيص أن يكون مالك الأرض هو مالك المنقول ، وهنا قد اختلف المالك . فيستطيع إذن صاحب المنقول أن يسترده من صاحب الأرض ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يدعى ملكيته بطريق الالتصاق . وذلك ما لم يكن صاحب الأرض حسن النية في حيازته للمنقول ، فعندئذ يملك المنقول بالحيازة ، وعندئذ يجوز أن يكون المنقول عقارا بالتخصيص لاتحاد المالك . ولكن إذا كان صاحب الأرض قد تملك المنقول هنا ، فانما يملكه بالحيازة كما قدمنا لا بالالتصاق ، لأن المنقول لم يصبح عقارا بطبيعته (١) .

ويجب أيضا ، حتى يتحقق التملك بالالتصاق ، ألا يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض وصاحب المنشآت على مصير هذه المنشآت . فاذا وجد اتفاق صريح أو ضمني ، امتنع التحدى بقواعد الالتصاق (٢) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ - بودرى وشوفو فقرة ٣٥٠ - بلانيول وريبير وبولانجي فقرة ٢٩٦٣ - كولان وكاييتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٤٣ - مارق ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ - ويذهب رأى في الفقه الفرنسى إلى أن المنشآت إذا اندمجت في الأرض فأصبحت عقارا بطبيعته ، ولكن صاحب المنشآت هدمها قبل قيام النزاع بينه وبين صاحب الأرض ، فإن صاحب الأرض لا يملك المنشآت في هذه الحالة ، وليس له أن يطالب بقيمتها بحجة أنها هدمت وهى على ملكه بل يطالب بتعويض الضرر الذى أصاب الأرض من جراء هدم المنشآت (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٣ - بودرى وشوفو فقرة ٣٦٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ - وانظر أيضا نقض فرنسى ١٦ فبراير سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٧ - ١ - ١٢٠ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٣٦) . وهذا رأى محل للنظر ، فإن المنشآت متى اندمجت في الأرض وأصبحت عقارا بطبيعته ، تملكها صاحب الأرض ، سواء كان ذلك بعد قيام النزاع أو قبل قيامه . فاذا هدمت ، فانه يبدو أنها تهدم وهى على ملك صاحب الأرض . وله أن يطالب بقيمتها على أساس أنها هدمت وهى على ملكه ، وعليه أن يدفع التعويض المستحق لصاحب المنشآت طبقاً لقواعد الالتصاق (أنظر مايلي فقرة ١٠٠) .

(٢) نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦ .
رقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كان عقد الاتفاق المبرم بين الحارس على الوقف وبين المتأجر =

المطلب الاول

الصورة الأولى - صاحب الأرض هو الباني بأدوات غيره

٩٨ - نص قانونى : تنص المادة ٩٢٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ - يكون ملكاً خالصاً لصاحب الأرض ما أحدثه فيه من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم ، أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت » .

« ٢ - فإذا تملك صاحب الأرض المواد ، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه . أما إذا استرد المواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض » (١) .

ويقابل هذا النص المادة ٦٤ من التقنين المدنى الوطنى السابق (٢) .

صريحاً فى أن الحراسة ملزمة بدفع جميع المصروفات التى صرفت فى الإنشاء والتجديد بالوقف حسب تقديرها بواسطة خبير فى وقت إنشائها ، فإنه يكون من المتعين على المحكمة أن تأخذ بأحكام هذا العقد دون نظر إلى ما زاد فى قيمة الأرض ولا إلى ارتفاع أسعار المهات والأدوات وقت رفع الدعوى ، إذ العقد قانون المتعاقدين (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية (مستجبل) بأنه ليس فى المواد الخاصة بالالتصاق أحكام متعلقة بالنظام العام ، فتى وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية بشأن أحوال الالتصاق ، فإن أحكام العقد هى التى تكون مناط تحديد علاقة الطرفين أحدهما بالآخر (اسكندرية مستجبل ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٦٢ ص ٧٧٣) . وانظراً استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٣ - ص ٣١٥) .

(٢) التقنين المدنى الوطنى السابق م ٦٤ : إذا جدد مالك الأرض أبنية أو غراساً أو غير ذلك من الأعمال بمهات وأدوات كانت ملكاً لغيره ، وجب عليه دفع قيمة المهات والأدوات المذكورة للمالكها ، ويجوز الحكم عليه أيضاً بدفع تعويضات إذا فعل ذلك بطريق الفس والتدليس . ولا يسوغ للمالك المهات أن يستزعمها من محل وضعها .

(وأحكام التقنين المدنى الوطنى السابق تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، ولكن التقنين المدنى الوطنى لا يميز بين ما إذا كانت المواد يمكن نزعها من الأرض أو كان لا يمكن نزعها دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم ، ويصرح أن التعويض لا يكون واجباً إلا فى حالة الفس والتدليس) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٢٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١١٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٤ (١) .

ويخلص من هذا النص أن صاحب الأرض إذا بنى بأدوات غيره يملك المنشآت التي بناها على التفصيل الذي سنذكره ، وعليه أن يعرض صاحب الأدوات عن ملكية الأدوات التي فقدها . على أنه يجب التمييز في ذلك بين ما إذا كان صاحب الأرض حسن النية ، أو كان سيء النية ، ثم إن الذي يملكه صاحب الأرض بالاتصاق هي أدوات البناء ، أما غير أدوات البناء كتمثال يدججه في البناء فانه لا يملكه بالاتصاق . ونفصل الآن ما أحملناه .

٩٩ - صاحب الأرض حسن النية : إذا كان صاحب الأرض ، وهو يبنى بأدوات غيره ، حسن النية أي يعتقد أن هذه الأدوات هي ملك له ، فيغلب أن يكون قد تملكها فعلا بالحيازة . وعلى ذلك لا يكون في حاجة إلى أن يملكها بالاتصاق ، ويكون قد بنى في أرضه بأدوات مملوكة له ، فتكون المنشآت ملكا له ، وتسرى عليها أحكام الحيازة لا أحكام الاتصاق (٢) وقد يكون صاحب الأرض معتقدا أن الأدوات مملوكة له فيتوافر عنده حسن النية ، ولكن لا يتوافر عنده السبب الصحيح ، كما لو كان حائزا للأدوات بسبب ظني لا وجود له ، أو تكون الأدوات مسروقة أو ضائعة . فعندئذ لا تتوافر شروط القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولا يملك صاحب الأرض الأدوات بالحيازة . ويكون في هذه الحالة قد بنى في أرضه بأدوات مملوكة لغيره بالرغم من حسن نيته ، فإذا

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٨٧ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٨ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٤ (موافق) .

(٢) بلا نيول ك ريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٥ ص ٢٦٤ - كولان وكايبشان ودي لا موراندير

١ فقرة ١١٤٣ - مازو فقرة ١٥٩٤ .

ما أقام المنشآت تملكها لا بالحيازة بل بالالتصاق ، وبسنوى في ذلك هو
وصاحب الأرض سىء النية (١) .

١٠٠ - صاحب الأرض سىء النية : أماء إذا كان صاحب الأرض
سىء النية بأن كان يعلم أن الأدوات غير مملوكة له ، أو كان حسن النية
ولكن لم يتوافر عنده السبب الصحيح لىتملك الأدوات بالحيازة على النحو
الذى قدمناه ، فانه يجب التمييز بين فرضين (٢) .

(الفرض الأول) ألا يكون ممكناً نزع الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت
ضرر جسيم (٣) ، كأن تكون هذه الأدوات طوباً أو جيراً أو جبساً أو دهاناً
أو نحو ذلك ، وهذا هو الفرض الخالب . وفي هذا الفرض يملك صاحب
الأرض الأدوات بمجرد إدماجها في الأرض بحيث تصبح عقاراً بطبيعته ،
وسبب كسب الملكية هنا هو الالتصاق . ومنى تملك صاحب الأرض الأدوات
بالالتصاق على هذا النحو ، فانه لا يفقد ملكيتها إلا بسبب جديد من أسباب
نقل الملكية . وعلى ذلك لو هدمت المنشآت بعد أن اندمجت في الأرض ،

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٧ ص ٦٦ .

(٢) ولم يكن التقنين المدني الوطنى السابق يميز بين هذين الفرضين ، بل كان صاحب
الأرض يملك الأدوات فيما معاً في مقابل دفع القيمة والتعويض أما في التقنين المدني الجديد .
فسرى أن لصاحب الأدوات نزعها من الأرض في خلال سنة إذا كان نزع الأدوات لا يلحق
ضرراً بصاحب الأرض ، وإلا فلا يجوز له نزعها ويكتفى بأخذ قيمتها مع التعويض إن كان
له محل (انظر آنفاً ص ٢٦٧ هامش ٢) . ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى
في هذا الصدد : وهذا الحكم (حكم التقنين المدني الجديد) يختلف عن حكم التقنين الحالى
(السابق) في أن هذا التقنين لا يميز ما إذا كان نزع المراد يلحق ضرراً بالأرض أولاً يلحق ،
فإن الحالتين يملك صاحب الأرض بالمواد ويدفع قيمتها مع التعويض إن كان له محل ، ولا يجوز
لصاحب المواد أن يطلب نزعها في أى حال . وواضح أن حكم المشروع وجه العدالة فيه أظهر
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٠) .

(٣) وكذلك إذا لم يكن ممكناً نزع الأدوات دون أن يلحق الأرض نفسها ضرر جسيم ،
وإن كان الضرر الجسيم الذى يلحق الأرض غير وارد في النص . ويمكن تخريج ذلك على
بدأ التصرف في استعمال الحق ، فان صاحب الأدوات يتصرف في استعمال حقه في المطالبة
بنزع الأدوات إذا كان نزعها يلحق بالأرض ضرراً جيباً (محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٨
ص ٦٧) . بل أن المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لم تذكر إلا الضرر الجسيم الذى
يلحق الأرض ، وكان الواجب أن تذكر أيضاً ، ومن باب أولى ، الضرر الجسيم الذى يلحق
المنشآت (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٠) .

سواء كان ذلك بحادث فجائي أو بفعل صاحب الأرض ، فإن صاحب الأدوات لا يستعيد ملكيتها ، سواء كان قد أخذ التعويض عنها من صاحب الأرض أو كان لم يأخذ بعد ، وسواء عرض رد التعويض إذا كان قد أخذه أو لم يعرض رده (١) .

وما دام صاحب الأرض يملك الأدوات بالالتصاق على النحو الذى ذكرناه ، فإنه يكون ملتزماً بالتعويض نحو صاحب هذه الأدوات . فعليه أولاً أن يدفع له قيمتها ، ويبدو أن القيمة تقدر وقت انتقال ملكية الأدوات لصاحب الأرض ، أى وقت إدماج الأدوات فى الأرض وصيرورتها عقاراً بطبيعته (٢) . وعليه فوق ذلك أن يدفع لصاحب الأدوات تعويضاً عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم استرداده للأدوات التى كانت مملوكة له ، كما لو كان فى حاجة إلى هذه الأدوات وتسبب عن تأخره فى استبدال غيرها بها ضرر له (٣) . وليس من الضرورى لاستحقاق التعويض أن يكون صاحب الأرض قد أدمج الأدوات فى الأرض « بطريق الغش والتدليس » كما كان التفتين المدنى الوطنى السابق يشترط ، ويكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب صاحب الأرض ولو لم يصل هذا الخطأ إلى حد الغش والتدليس ، فإن المادة ٩٢٣/٢ مدنى تلزم صاحب الأرض بدفع التعويض « إن كان له وجه » . وغنى عن البيان أن التعويض يزيد فى حالة ما إذا كان صاحب الأرض سىء النية يعلم أن الأدوات غير مملوكة له ، عما إذا كان حسن النية يعتقد أن الأدوات مملوكة له ولكنه لم يملكها بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٦ - كولان وكابيتان ودى لا مورانديير ١ فقرة ١١٤٣ - جوسران ١ فقرة ١٦٦١ - دى باج ٦ فقرة ٤٦ - مارتى ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٧١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٨ ص ٢٥١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٤ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٧ ص ٣٧٤ - وقارن إذا كان الهضم قبل قيام النزاع آنفاً ص ٢٦٦ هامش ١ . كما لا يجوز لصاحب الأرض أن يلزم صاحب المواد بعد نزعها بأخذها بدلا من التعويض (شفيق شحاتة فقرة ٢٣٨ ص ٢٥١) .

(٢) دى باج ٦ فقرة ٦٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣ ص ٥٢ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٣٥٣ - كولان وكابيتان ودى لا مورانديير ١ فقرة ١١٤٣ .

في صدد هذا التعويض : « . . . ودفع (صاحب الأرض) تعويضا لصاحب الأدوات يزيد إذا كان صاحب الأرض سىء ائنية » (١) . وواضح أن ما يلتزم به صاحب الأرض لصاحب الأدوات من دفع قيمة الأدوات والتعويض ليس تطبيقا دقيقا لمبدأ الإثراء بلا سبب ، فإن هذا المبدأ كان يقتضى بأن يدفع صاحب الأرض أقل التبعيتين ، قيمة ما أثرى به وقيمة ما انتقر به صاحب الأدوات . ومن ثم يكون التزام صاحب الأرض بدفع قيمة الأدوات التزاما مصدره القانون لا مبدأ الإثراء بلا سبب . وتكون مدة تقادمه خمس عشرة سنة لا ثلاث سنوات (٢) . أما التزامه بدفع التعويض فمصدره العمل غير المشروع ، ويتقادم بثلاث سنوات وقدما للقواعد المقررة في تقادم الالتزامات التصديرية .

(الفرض الثانى) أن يكون ممكن نزع الأدوات دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم (٣) ، كأن تكون الأدوات أبوابا وضعها صاحب الأرض في البناء أو أدوات صحية ألصقها به أو بلاطا ألصقه بأرضيته أو خشبا من « الباركيه » غطى به أرضية الغرف ، فإن هذه الأدوات وأمثالها يمكن نزعها من البناء دون أن يلحقه من هذا النزع ضرر جسيم . وفي هذا الفرض لا يملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها في الأرض ، بل تبقى على ملك صاحبها . ويستطيع هذا المطالبة بنزعها من الأرض واستردادها ، بشرط أن يرفع دعوى الاسترداد في خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه أنها اندمجت في المنشآت ، والعلم بذلك واقعة مادية يجوز لصاحب الأرض إثباتها بجميع الطرق . فاذا رفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في هذا الميعاد ، كان له أن يسرد الأدوات فقد بقيت على ملكه كما قدمنا . ويلتزم صاحب الأرض بنفقة نزع الأدوات ، ويلتزم كذلك بتعويض صاحب الأدوات إن كان لهذا التعويض محل (٤) ، ويستوى في كل ذلك أن يكون صاحب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩ .

(٣) وكذلك دون أن يلحق الأرض ضرر جسيم . وقد سبق بيان ذلك (آنفاً ص ٢٦٩ شمس ٣) .

(٤) حسن كبرية ص ٦٦ - وأما عن التعويض خطأ في جانب صاحب الأرض ، فتكون مسؤولية هذا الأخير عن التعويض مسئولة تصديرية . ويدخل في التعويض الفرق بين قيمة الأدوات قبل إدماجها وقيمتها بعد نزعها ، فإن هذا الفرق تعويض عن ضرر أصاب صاحب الأدوات بسبب خطأ صاحب الأرض (تارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص ٦٩) .

الأرض سىء النية أو حسن النية ولكنه لم يملك الأدوات بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح (١) .

أما إذا انقضت السنة دون أن يرفع صاحب الأدوات دعوى باستردادها، فإنه لا يستطيع استردادها بعد ذلك (٢)، ويملكها صاحب الأرض بالالتصاق (٣). وتكون ملكية صاحب الأرض للأدوات بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف، هو ألا يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة. وهذا الشرط هو نفسه شرط فاسخ بالنسبة إلى صاحب الأدوات، فهو يملكها ملكية معلقة على شرط فاسخ هو ألا يرفع دعوى الاسترداد في خلال السنة. فإذا تحقق الشرط ولم يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة، أصبح صاحب الأرض مالكا بحكم الالتصاق للأدوات منذ إدماجها في الأرض بفضل الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الواقف، واعتبرت ملكية صاحب الأدوات لهذه الأدوات منذ إدماجها في الأرض كأنها لم تكن بفضل الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ. وإذا أصبحت ملكية صاحب الأرض للأدوات ملكية نافذة بانه بتحقيق الشرط الواقف، وجب عليه أن يدفع قيمة الأدوات لصاحبها وأن يدفع له تعويضا إن كان للتعويض محل، وذلك كله على التفصيل الذى سبق أن بسطناه في الفرض الأول. وغنى عن البيان أن صاحب الأدوات ليس في حاجة لأن ينتظر انقضاء السنة لتقاضى قيمة الأدوات والتعويض، فإن له أن ينزل قبل ذلك عن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب نزعها إذا لم يكن في ذلك ضرر يلحق الأرض... ويكون التزع على نفقة صاحب الأرض سواء كان سىء النية أو حسن النية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٠).

(٢) والسنة مدة سقوط *délai de déchéance* لمدة تقادم، فلا يرد عليها أسباب الوقف أو الانقطاع (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣ ص ٥١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٧ ص ٢٧٤).

(٣) ولا يجوز لصاحب الأرض في خلال السنة، حتى لو كان حسن النية، أن ينزع الأدوات ويجبر صاحبها على استردادها تفادياً من دفع قيمتها مع التعويض، إذا لم يرد صاحب الأدوات ذلك، فإن الخيار بين نزع الأدوات واستبقائها في الأرض هو لصاحب الأدوات لالصاحب الأرض (أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص ٦٩).

دعواه في استرداد الأدوات . فيستحق قيمتها والتعويض منذ نزوله عن دعواه .

١٠١ - وضع منقول في الأرض غير أدوات البناء : والمفروض في كل ما تقدم أن الذي أدمجه صاحب الأرض في أرضه هو من أدوات البناء . أما إذا كان قد أدمج شيئا غير أدوات البناء . كأن أدمج تمثالا أو أثرا ثمينا مملوكا لغيره . فإنه لا يملكه بالانصاق . ويبقى المنقول على ملكية صاحبه ، وله في أى وقت أن يسترده ولو بعد انقضاء السنة . بل ولو أحدث نزرعه ضررا جسيما بالبناء أو بالأرض ، وكل ذلك ما لم يكن صاحب الأرض قد تملك المنقول بالحيازة أو بالتقادم الطويل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ومفروض فيما تقدم أن صاحب الأرض يبنى بأدوات بناء . أما إذا كان قد أدخل في بنائه تمثالا أو أثرا ثمينا أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء ، فلا يملكه بالانصاق مطلقا . بل يجب نزرعه في أى وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك . ولو بعد السنة ، بل ولو أحدث الترع ضررا جسيما بالبناء » (١) .

المطلب الثانى

الصورة الثانية - صاحب الأدوات هو الباقي في أرض غيره

١٠٢ - فروض مختلفة : نواجه في هذه الصورة الثانية . وضعاً عكسيا للوضع السابق . ففي الوضع السابق واجهنا صاحب الأرض يبنى بأدوات غيره ، وفي هذا الوضع نواجه صاحب الأدوات يبنى في أرض غيره . والوضع في هذه الصورة الثانية هو الأكثر وقوعاً في العمل ، فقل أن نجد ما لكنا يبنى في أرضه بأدوات غيره ، ولكن كثيراً ما نجد أجنبياً يبنى بأدواته في أرض غيره .

وأول افروض التى تقع لنا في هذه الصورة الثانية أن يكون للأرض حائز لا يملكها ، ويقيم فيها منشآت . ثم يرفع ما لك الأرض دعوى استحقاق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠ - وانظر أنيسكلويدى دالوز ١ لفظ Construction فترة ٢٢ - محمد كامل مرسى ٣ فترة ٦٨ - عبد المنعم البدر اوى فترة ٤٢ ص ٥١ - عبد المنعم فرج الصده فترة ٢٥٦ ص ٣٧٣ - منصور مصطفى منصور فترة ١١٨ ص ٢٨٩ .

على الحائز ، فيسترد منه الأرض . وفيما يتعلق بالمنشآت التي أقامها الحائز ، يقضى القانون بأنها تكون ملكا لصاحب الأرض ، وقد تملكها بطريق الالتصاق ، وعليه أن يعرض صاحب المنشآت . ويختلف التعويض بحسب ما إذا كان الحائز سىء النية أو حسن النية ، فعندنا إذن فرضان : فرض ما إذا كان الباني سىء النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره ، وفرض ما إذا كان الباني حسن النية يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت . والأحكام التي تسرى على هذين الفرضين هي الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية .

وليس الأمر مقصورا على الحائز يبني في أرض غيره فترفع عليه دعوى الاستحقاق وتسترد منه الأرض والمنشآت (tiers évincé) ، بل إن النصوص عبارتها عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت في أرض مملوكة لغيره (١) . ويستوى في ذلك أن يكون الباني حائز الأرض بنية التملك أو يكون حائزا لها حيازة عرضية ، كما يستوى أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين صاحب الأرض والباني أو أن تكون هذه العلاقة غير موجودة . ومن ثم تسرى أحكام الالتصاق في الفروض الآتية : (١) فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للباني في البناء . (٢) فرض ما إذا بنى المنتفع في الأرض المنتفع بها . (٣) فرض ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت . (٤) فرض ما إذا بنى البائع في الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع ، أو بنى المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل . ففي هذه الفروض جميعا ، إذا تملك صاحب الأرض المنشآت بطريق الالتصاق ، وجب عليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت . وقد جعل القانون ، من جهة ، ضمانا لصاحب

(١) وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي ، فإن نص المادة ٥٥٥ منه قد ورد فيها عبارة tiers évincé . وقد حل ذلك أكثر الفقهاء في فرنسا على قصر هذه المادة على الحائز الذي يبني في أرض غيره وترفع عليه دعوى الاستحقاق . ولكن القضاء الفرنسي نهج نهجا آخر ، وعم النص حتى يشمل كل شخص يبني في أرض غيره ، سواء كان حائزا بقصد التملك أو كانت حيازته عارضة . عل أن الفقه الفرنسي ، إذا كان لا يطبق نفس المادة ٥٥٥ مدني فرنسي على الفروض التي يكون فيها الباني غير حائز للأرض بنية التملك ، فإنه يجري على هذه الفروض أحكام هذه المادة بطريق القياس .

المنشآت هو حق حبسها حتى يستوفى التعويض . وبسبب ، من جهة أخرى ، على صاحب الأرض أداء التعويض بأن أجاز لنا نحن أن نجعل الأداء على أقساط دورية .

على أن أحكام الالتصاق لا تسرى في الفروض التي وردت فيها نصوص صريحة مخالفة لهذه الأحكام ، إذ يجب عندئذ تطبيق هذه النصوص الصريحة دون أحكام الالتصاق . ونذكر من هذه الفروض ثلاثة : (١) فرض ما إذا بنى المستأجر في العين المؤجرة . (٢) فرض ما إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه . (٣) فرض ما إذا بنى المحتكر في الأرض المحكرة .

ويبقى بعد ذلك أن نستبعد فرضين لا ينطبق عليهما أحكام الالتصاق : (١) فرض ما إذا بنى المالك في الشيوع في الأرض الشائعة . (٢) فرض ما إذا بنى الفضولي أو الوكيل في أرض رب العمل أو الموكل (١) .

واستثنى القانون أخيراً من أحكام الالتصاق فرضين : (١) فرض ما إذا جار الباني بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة . (٢) فرض المنشآت الصغيرة القائمة في أرض الغير لا على سبيل الدوام .

فهذه جملة من المسائل قد تجمعت تحت الصورة الثانية التي نحن بصدد حلها ، والتي هي الصورة الأكثر وقوعاً في العمل كما قدمنا . فنبحث هذه المسائل على التعاقب تحت العناوين الآتية : (١) الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية . (٢) فروض أخرى تسرى عليها الأحكام العامة للالتصاق في صورته الثانية . (٣) أداء التعويض لصاحب المنشآت . (٤) فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام الالتصاق . (٥) فروض تستبعد أصلاً من نطاق أحكام الالتصاق . (٦) فروض تستثنى من أحكام الالتصاق .

(١) أنظر المادة ٨٩٢ مدني سوري ، والمادة ١٢٢٣ مدني عراقي ، والمادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

١٥ - الأوامر العامة في اللائحة في صورته الثانية:

١٠٣ - الباني سى النية بعلم أنه الأرض مملوكة لغيره - نص قانونى

تنص المادة ٩٢٤ مدنى على ما يأتى :

١ - إذا أقام شخص بمواذ من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت ، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

٢ - ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة « (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - إذا أقام شخص بمواذ من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب هذه الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها وأن يطلب التعويض إذا كان له وجه ، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت .

٢ - وكذلك يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت فى مقابل دفع قيمتها مستحقة للإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت » . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم ٩٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على حكم الفقرة الأولى وقيل إنه إذا سكت صاحب الأرض ولم يطلب الإزالة فى ميعاد سنة سقط حقه فى طلبها ، وفى هذا تحيين لمركز البانى سى . النية . كذلك قيل إن مدة السنة قليلة ، لأنه قد يكون صاحب الأرض رقيق الحال بحيث لا يتمكن فيها من طلب الإزالة . فأجيب بأن مدة السنة تبدأ من وقت العلم ، وأنه إذا انقضت هذه السنة ولم يطلب صاحب الأرض إزالة المنشآت يكون ذلك بمثابة اختبار ضمنى من صاحب الأرض لا استبقاء هذه المنشآت . واستقر رأى اللجنة ، رغبة فى إيضاح الحكم التوارى فى هذه المادة واستكمالها بما يبين حق صاحب الأرض فى طلب إزالة المنشآت أو رضائه ببقائها ، على تعديل الفقرة الأولى من المادة بنسافة العبارة الآتية إلى نهايتها : « وله أيضاً أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى -

والنص جاء في عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت في أرض غيره بمواد من عنده ، وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له . ونقتصر

نحن الأرض بسبب هذه المنشآت . ورأت اللجنة كذلك تعديل الفقرة الثانية كالتالي : ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبق المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة ، فأصبح النص تحت رقم ٩٢٤ مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ومن هذا يتضح أنه إذا مرت سنة ولم يستعمل صاحب الأرض حق الاختيار ، فليس له إلا أن يستبق المنشآت مع دفع التعويض على الوجه المبين بهذه المادة . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدت لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٥ - ص ٣١٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني التوماني السابق م ١٥/٣٠٢ : فإذا حصل القراس أو البناء أو غير ذلك من الأعمال من شخص بمهمات وأدوات نفسه في ملك غيره ، فالمالك غير بين إبقاء هذه الأشياء بأرضه وبين إلزام فاعلها بتسليمها - فلو حالة ما إذا اختار صاحب الأرض نزع هذه الأشياء ، تكون مصاريف النزاعها أردها على فاعلها بدون إعطائه تعويضاً ما . ويجوز زيادة على ذلك أن يحكم على الفاعل المذكور بتعويض الخسارة التي تنشأ عن فعله لصاحب الأرض - وأما إذا اختار صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء ، فيكون غير أمين دفع قيمة القراس أو البناء مستحق القلع وبين مبلغ مساو لما زاد في قيمة الأرض بسبب ما حدث بها . التقنين المدني المختلط م ٩٠ : إذا لم يثبت حصول الإذن من المالك بدون شرط ولا قيد ، تعتبر الأرض عارية ، ويكون للمالك الخيار بين طلب هدم البناء وإزالة القراس وبين إبقائها له مع دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العلة .

(والتقنين المدني الوطني السابق هو الذي يتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن التقنين الوطني السابق لم يضرب أجلاً (سنة) لصاحب الأرض في طلب الإزالة ، ولم يحمل لصاحب المنشآت الحق في طلب نزع المواد دون الإضرار بالأرض إذا لم يختار صاحب الأرض استبقاء المنشآت) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٨٨ (موافق) . م ٣/٨٩٠ : وإذا كان هذا الغير (من التبة) قد بنى أو غرس ، فيلزم بهدم البناء وقلع الأغراس ، ما لم يفضل مالك الأرض إقامتها لقاء دفعه لذلك الغير قيمة مواد البناء والغرس ، بعد حسم المصاريف التي يتكبدها الغير فيما لو ألزم بتنزعها .

م ٨٨٥ : ١ - يصبح مالك الأرض مالِكاً بطريق الالتصاق للبذار الذي بذره الغير في أرضه ، بشرط أن يدفع له قيمة البذار . غير أنه يحق له إذا شاء ترك المحصولات لهذا الغير مقابل دفع أجرة المثل عن سنة واحدة . ٢ - إذا لم يكن قد فات زمن البذار ، فيحق للمالك الأرض أن يحمل الغير الذي بذرها على نزع بذره بدون تعويض عليه من أعمال الحراثة والبذر . (ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٩ : إذا أحدث شخص بناء أو غرساً أو منشآت أخرى -

هنا على تطبيقه في أحد فروضه ، هو الفرض الذى يكون فيه البانى في أرض غيره حائزاً للأرض بنية تملكها ، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض ، فيسترد هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقاً للقواعد التى سندكرها فيما بعد. وهذه القواعد هى الأحكام العامة فى الالتصاق فيما يتعلق بالبانى في أرض غيره بمواد من عنده وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له ، نوردها هنا ، على أن نطبقها بعد ذلك فى فروض أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها .

ونفرض الآن أن شخصاً وضع يده على أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك ، وقد أقام منشآت فى هذه الأرض بمواد من عنده . ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد الأرض ، فعند ذلك تأتى مسألة المنشآت . ويفترض بادئ ذي بدء ، أن الحائز حسن النية وقت أن أقام المنشآت ، فإذا ادعى مالك الأرض أنه سىء النية ، أى يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وقد أقام المنشآت دون رضا مالك الأرض ، فعلى هذا الأخير يقع عبء الإثبات^(١) . وعلى ذلك يجب على مالك الأرض أن يثبت سوء نية من أقام المنشآت ، كأن يثبت أن هذا الأخير قد اغتصب الأرض ، أو أنه خازها فى مبدأ الأمر وهو

= بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها ، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرراً بالأرض ، فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع .

م ١١٢٤ : فإذا بذر أجنبى فى أرض الغير بدون إذن ونبت البذر ، كان لمالك الأرض الخيار فى أن يملك البذر بمثله أو أن يترك الأرض بيد الأجنبى حتى الحصاد بأجر المثل . (لا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٥ (موافق) .

م ٢١٧ (موافق للمادة ٨٩٠/٣ سورى) .

م ٢١٢ (موافق للمادة ٨٨٥ سورى) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا بنى شخص على أرض مملوكة لغيره ، فالمكلف بإثبات سوء نية البانى هو مالك العقار ، الذى ليس له أن يطلب إزالة البناء ما لم يثبت سوء نية البانى . ولا يعتبر البانى سىء النية بمجرد كونه وارثاً لمستأجر العقار (استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨١ ص ١٥٩) - وقارن استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٢٣ - ٩ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٠٨ .

حسن النية بأن اعتقد أنه وارث لها أو أنها آلت إليه عن طريق الوصية ثم كشف بعد ذلك أنه غير وارث أو أن الوصية باطلة أو عدل عنها الموصي ومع ذلك بقي حائزا للأرض وأقام فيها المنشآت وهو يعلم أنها غير مملوكة له (١).

ففي هذا الفرض ، عند ما يسترد مالك الأرض أرضه وتأتي مسألة المنشآت التي أقامها الحائز ، يضع القانون في هذه الدائرة : أعد مفصلة : يستخلص منها أنه يجب تمييز بين عهدين :

(العهد الأول) السنة التي تبدأ من اليوم الذي يملك فيه مالك الأرض باقامة المنشآت ، وعقب إثبات ذلك هنا يتعين على صاحب المنشآت ، ولأن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات كالتحضر والتقاضي ، وفي ختام هذه السنة يكون "صاحب الأرض بالتبني" بين طرفين : الأول أن يطلبه لإزالة المنشآت على نفقة من أقامها ، وبطلبه منه فور ذلك التاريخ عما عسى أن تحدثه إزالة المنشآت من ضرر بالأرض ، وثانيه : بقرء سره نية من أقام المنشآت فقد أقامها في الأرض وهو يعلم أنها غير مملوكة له . وفي هذه الحالة يهدم صاحب المنشآت منشأته وبأخذها أنقاضا بعد أن يدفع مصروفات الهدم ، ولا محل هنا لإعمال الالتصاق سببا لكسب الملكية فقد أزيلت المنشآت ولا يملكها صاحب الأرض (٢) . والثاني : إذا لم يطلب صاحب

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يسري مبدأ بناء على أرض غيره أن يدعى حسن النية فيما فعل ترصلا إلى استبقاء البناء ، إذ كانت عقودها أي بدائعها لا تمنح هذا الحق وتنشأ عنه حسن النية (استئناف وطني ١٥ يونيو سنة ١٨٩٩ المحرق ١٤ ص ٥٠٣) ، وذلك كأن يكون العقد الذي يتسلك به هو عقد إيجار لا يحمل له الحق في البناء (استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٢) . ويعتبر في حكم سوء النية المشتري من غير المالك إذا كان قد أحمل مطالبة البائع بالسند الذي يثبت ملكية هذا الأخير (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٠) ، أو أحمل فحصر هذا السند (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠) .

(٢) أنظر في انتقاد إعطاء الحق للمالك الأرض في طلب الإزالة ، إذ أن الإزالة هدم والهدم يعارض مع روح النص في التشجيع على البناء : كاريرونييه ص ٢٤٠ .

الأرض لإزالة المنشآت ، فله أن يعلن في خلال السنة إرادته في استبقاء المنشآت في الأرض ، وعند ذلك يملكها بالالتصاق^(١) . وعليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت أقل القيمتين : (١) قيمتها مستحقة الإزالة ، فقد كان من حقه أن يطلب إزالتها فله أن يستبقها مستحقة الإزالة ، أى أنه يدفع قيمة الانقراض منقوصا منها مصروفات الهدم . (٢) قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، وتقدر هذه القيمة بنخبير عند الاقتضاء^(٢) ، وتمثل المقدار الذى اغتنى به صاحب الأرض بسبب إقامة المنشآت^(٣) . ويلاحظ ،

(١) ويعتبر مالك الأرض قد اختار ضمنا استبقاء المنشآت إذا هو باع الأرض بما عليها من هذه المنشآت (نقض فرنسى ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ - ٣٨٤) .
(٢) والعبرة في تقدير هذه القيمة بوقت الاستحقاق (بودرى وشوفو فقرة ٣٦٥ ص ٢٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٢ ص ٩٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٤ ص ٣٤٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧ ص ٦٠ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٩ - استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٨٩ - ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٥) . ويتمدر الخبير ثمن المثل للأرض خالية من المنشآت ، ثم يقدر ثمن المثل للعقار بعد إقامة المنشآت ، والفرق ما بين الثمين هو ما زاد في ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت (أنظر بودرى وشوفو فقرة ٣٦٥ ص ٢٥٢) . هذا والتعويض الذى يدفعه صاحب الأرض لصاحب المنشآت على التفصيل الذى قدمناه يستحق في ذمة من يكون مالكا للأرض وقت المطالبة بهذا التعويض ، حتى لو لم يكن هو المالك للأرض وقت إقامة المنشآت ، وهذا لا يخل بحق المالك الأخير في الرجوع على المالك الأول (بودرى وشوفو فقرة ٣٦٩ - أنسيلويدي دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٦٣ - فقرة ٦٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٨) .

(٣) ويجب أن ينحصر من قيمة التعويض الذى يستحقه الحائز سبه النية قيمة الثمار التى حصل عليها من المنشآت التى أقامها ، فان هذه المنشآت أصبحت مملوكة لصاحب الأرض بالالتصاق منذ إدماجها في الأرض ، والحائز يضع عليها وهو سبه النية فيكون مسئولاً عن الثمار ما حصله وما أهمل في تحصيله (م ٩٧٩ مدنى) . أما الباني حسن النية ، فانه يتلك الثمار التى حصل عليها من المنشآت التى أقامها ، ولا يحاسب إلا على الثمار التى قبضها منذ تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٦ - أنسيلويدي دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٤٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٥ ص ٧٨) . ويرى بعض الفقهاء أنه في نظير رد الحائز سبه النية للثمار ، يتقاضى هذا الحائز الفوائد القانونية عن التعويض المستحق له في حدود ما زاد في ريع الأرض بسبب المنشآت (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٦ - وقارن بودرى وشوفو فقرة ٣٦٣ ويفضل عدم رد الثمار بدلا من تقاضى الفوائد) . رفضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز لا يستحق فوائد عن التعويض مادام حائزا للأرض والبناء (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٢) .

أولاً ، أننا قد انحرفنا عن قواعد الإثراء بلا سبب : فقد كانت هذه القواعد تقضى على صاحب الأرض بأن يدفع أقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به هو وقيمة ما افتقر به صاحب المنشآت . وهو هنا يدفع أقل القيمتين : قيمة ما اغتنى به هو وقيمة الانقراض بعد هدم المنشآت . وهذه القيمة الأخيرة تكون عادة أقل من قيمة ما افتقر به صاحب المنشآت ، إذ أن هذه القيمة الأخيرة هي قيمة المواد وأجرة العمل . فيكون صاحب المنشآت قد عومل معاملة أسوأ مما تقضى به قواعد الإثراء بلا سبب ، وذلك كما قدمنا جزاء له على سوء نيته (١) . وعلى ذلك يكون التزام صاحب الأرض بدفع أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه ليس مصدره الإثراء بلا سبب ، بل مصدره هو القانون ، فهو الذى قضى بذلك ، وتكون مدة تقادم هذا الالتزام خمس عشرة سنة كما هو الأمر فى الالتزامات الناشئة من القانون ، لا ثلاث سنوات وهى مدة تقادم الالتزامات الناشئة من الإثراء بلا سبب (٢) .

وبلاحظ ، ثانياً ، أن تخيير صاحب الأرض بين دفع قيمة الانقراض بعد هدم المنشآت وقيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت يستفاد منه أن قيمة ما زاد فى ثمن الأرض قد تكون أقل من قيمة الانقراض ، فيختار

(١) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فقد عومل البانى سىء النية ، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة ، معاملة أفضل من البانى سىء النية فى التقنين المدنى المصرى ، إذ أجاز لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، فان استبقاها وجب عليه دفع تكاليف المنشآت (قيمة المواد وأجر العمل) . بل إن البانى سىء النية فى التقنين المدنى الفرنسى كان يعامل ، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة ، معاملة أفضل من البانى حسن النية من وجه ، فان صاحب الأرض كان يلتزم بأن يدفع لبانى حسن النية أقل القيمتين : تكاليف البناء أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت وهى تكون عادة أقل من تكاليف البناء . والسبب فى هذا الحكم الغريب يرجع إلى تاريخ صياغة المادة ٥٥٥ مدنى ، فقد كانت فى صياغتها الأولى تحمل الحكم واحداً بالنسبة إلى البانى سىء النية والبانى حسن النية ، ثم أخيفت إليها فقرة أخيرة خاصة بالبانى حسن النية أعطى بها لصاحب الأرض الخيار المتقدم ، دون أن يعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سىء النية . ولكن صدر أخيراً فى فرنسا قانون ١٧ مايو سنة ١٩٦٠ يعالج هذا العيب ، ويعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سىء النية (مازو فقرة ١٥٩٨ من ١٢٧١) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

صاحب الأرض دفعها دون دفع قيمة الانقراض . ولا يتصور أن تكون قيمة الانقراض أكبر من قيمة زيادة ثمن الأرض إلا إذا افترضنا أن مواد البناء قد علا سعرها لظروف استثنائية ، فأصبح نزع القديم منها كالأبواب والشبابيك والأدوات الصحية ونحوها يعود بقيمة أكبر من قيمة بقائها في الأرض وما ينتج عن ذلك من زيادة ثمن الأرض . وهذا الافتراض لا يتحقق ، كما قدمنا ، إلا في ظروف استثنائية محضة .

وفي خلال السنة أيضا ، وفي الوقت الذي يكون فيه لصاحب الأرض الخيار الذي قدمناه ، تقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدني ، كما قدمنا ، بأنه « يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يسبق المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة » . وبمخلص من ذلك أن صاحب المنشآت يستطيع ألا ينتظر سنة كاملة حتى يستعمل صاحب الأرض خياره ، إذ يستطيع هو منذ البداية دون أن ينتظر انقضاء السنة أن يبادر إلى طلب نزع المنشآت ، فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول نزع المنشآت أو على استعمال خياره في استبقائها مع دفع أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه . ولكن يشترط في ذلك أن يكون نزع المنشآت ليس من شأنه أن يلحق ضررا بالأرض ، وإلا حملنا هذا الضرر لصاحب الأرض دون مسوغ إذا هو اضطر أن يقبل نزع المنشآت دون أن يطلب استبقائها . وعلى هذا النحو يكون وضع الطرفين في خلال السنة على الوجه الآتي : لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة أو الاستبقاء مع دفع أقل القيمتين ، وكذلك لصاحب المنشآت أن يطلب الإزالة إذا كانت لا تلحق بالأرض ضررا فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول الإزالة أو على استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين وذلك منذ البداية وقبل انقضاء السنة . (العهد الثاني) عند انقضاء السنة . فإذا انقضت السنة دون أن يختار صاحب الأرض الإزالة أو يعلن إرادته في الاستبقاء (١) ، ودون أن يطلب

(١) ولا يشترط رفع الدعوى بالإزالة كما اشترط رفع دعوى الاسترداد في المادة ٩٢٣ مدني ، إذ لم يصرح في المادة ٩٢٤ مدني برفع الدعوى كما صرح في المادة ٩٢٣ مدني برفع دعوى الاسترداد . فيمكن إذن إبداء الرغبة ولو بكتاب سجل ، بل ولو شفويا ، ويكون عبء الإثبات على صاحب الأرض (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٦ ص ٨٠ هاش ١) .

صاحب المنشآت نزعها إذا كان التزع لا يلحق بالأرض ضرراً ، فإن المنشآت تبقى في الأرض ، ويملكها صاحب الأرض بالاتصاق . ويجبر صاحب الأرض على استبقائها لأنه لا يستطيع طلب الإزالة بعد أن انقضت السنة (١) ، كما يجبر على دفع أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه .

ولكن يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدني ، عندما أجازت لصاحب المنشآت طلب نزعها إذا كان التزع لا يلحق بالأرض ضرراً ، لم تحدد ميعاداً لهذا الطلب ، كما حددت الفقرة الأولى من المادة نفسها ميعاد سنة لصاحب الأرض في طلب الإزالة . وعلى ذلك يبدو أنه يجوز لصاحب المنشآت ، حتى بعد انقضاء السنة ، طلب نزعها إذا كان التزع لا يلحق بالأرض ضرراً . وعند ذلك يكون صاحب الأرض مجبراً بين قبول التزع أو استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين . أما إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها بعد انقضاء السنة وطالب صاحب الأرض بدفع التعويض ، فإن هذا الأخير يكون مجبراً على دفع أقل القيمتين لصاحب المنشآت (٢) .

وتكون ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف ، هو ألا تنتزع المنشآت من الأرض ، لا بناء على طلب صاحب الأرض في خلال السنة وليس هذا شرطاً إرادياً محضاً لأن الأمر لا يتوقف على محض إرادة صاحب الأرض بل تختلط بإرادته ظروف تكيف من هذه الإرادة ، ولا بناء على طلب صاحب المنشآت في أي وقت واستجابة صاحب الأرض لهذا الطلب . فإذا لم تنتزع المنشآت من الأرض ، تحقق الشرط الواقف ، وأصبحت ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق

(١) قارن عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٧ هامش ١ .

(٢) ويؤيد ذلك ماورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « فإذا مضت السنة ، أو إذا لم ينتزع (صاحب الأرض) الإزالة ، تملك المنشآت بالاتصاق ، ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً للإزالة أو ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء . فإذا لم يدفع أقل القيمتين ، كان لباقي أن يلزمه بالدفع ، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له مادام ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠) . وانظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٦ ص ٥٨ - إسماعيل غانم ص ٥٨ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٧ - وقارن شفيق شعانة فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٤ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٩٢ - ص ٢٩٣ - حسن كبرة ص ٦٩ - ص ٧٠ .

الاتصاف ملكية نافذة باقة ، وكان لتحقيق الشرط أثر رجعي فتستند ملكية صاحب الأرض للمنشآت إلى وقت إدماجها في الأرض .

٤٠١ - البنية حسن النية يعترف أنه الحق في إقامة المنشآت - نص قانوني :

تنص المادة ٩٢٥ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يجبر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها . »

« ٢ - إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى في الفقرة الأولى وردت فيه عبارة « حسن النية » بدلا من عبارة « يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها » ، وفي الفقرة الثانية وردت فيه عبارة « لا يستطيع معه صاحب الأرض » بدلا من عبارة « يرهق صاحب الأرض » ، ووردت فيه أيضاً عبارة « إذا سمحت الظروف » متخللة عبارة « كان له أن يطلب تمليك الأرض » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٧ في المشروع النهائي ، بعد حذف عبارة « إذا سمحت الظروف » . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أن تحل عبارة « يعلم أنها مملوكة له » محل عبارة « حسن النية » في الفقرة الأولى ، حتى يكون هناك اتساق بين عبارة هذه المادة وعبارة المادة السابقة . فأجيب بأنه لا يمكن النص على العلم أو عدمه في هذه المادة لأنه قد يكون الباني مستأجراً فهو يعلم أنه ليس مالكا ولكنه يعتقد أن له الحق في البناء ، فاستماضت اللجنة من عبارة « حسن النية » في الفقرة الأولى بعبارة « يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها » لتعبر معنى حسن النية على وجه الدقة في تطبيق أحكام هذه الفقرة . واستبدلت في الفقرة الثانية بعبارة « لا يستطيع معه صاحب الأرض » عبارة « يرهق صاحب الأرض » ، لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبيت من عدم الاستطاعة . وأصبح النص ، تحت رقم ٩٢٥ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله بلته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٩ - ص ٣٢٢) .

وهنا أيضا جاء النص في عبارات عامة تشمل كل شخص بقيم منشآت

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق م ٤/٦٥ : إنما إذا كان البناء أو الفرس حصل من شخص في أرض تحت يده على زعم أنها ملكه ، ثم رفعت يده عنها بحكم تقرر فيه هلم وقوع غش منه في وضع يده عليها ، فليس للمالك الأرض أن يطلب إزالة شيء مما ذكر ، بل يكون غيراً بين دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة ، وبين دفع مازاد في قيمة الأرض بسبب ما حدث فيها . (ويختلف هذا النص عن نص التقنين المدني الجديد فيما يأتي : (١) يفترض نص التقنين السابق أن الباني قد حاز الأرض بنية تملكها ، أما التقنين الجديد فعبارة عامة تشمل كل شخص يبنى في ملك غيره ولو كانت حيازته عارضة . (٢) يجعل التقنين الجديد للباني حسن النية حق طلب نزع المنشآت ، أما التقنين السابق فلا يجعل له هذا الحق . (٣) يجعل التقنين الجديد لصاحب الأرض الحق في طلب تملك الأرض لصاحب المنشآت نظير تمويض عادل إذا بلغت المنشآت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، أما التقنين السابق فلا يجعل لصاحب الأرض هذا الحق) .

م ٩١ مختلف : إذا كان لدى من غرس أو بنى أسباب معقولة ليعتقد أنه مالك ، فلا يصير إزالة الفراس أو البناء ، بل للمالك أن يدفع مازاد على قيمة العقار بحسب ما يقدره أهل الخبرة . (ويختلف التقنين المختلف عن التقنين الوطني في أنه يلزم صاحب الأرض أن يدفع لصاحب المنشآت مازاد في قيمة الأرض ، ولا يخبره بين دفع هذه القيمة ودفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة - كما يفعل التقنين الوطني) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٨٨٩ : ١ - إذا كان الغير الذي شيد الأبنية أو غرس الأغراس ذاتية حسنة ، فلا يكون مسئولاً تجاه مالك العقار عن الثمار التي استوفها ، ولا تقع عليه إلا تبعه التلف أو الضرر الذي حدث بسببه . ٢ - وإذا كان قد بنى أو غرس على الأرض المطلوب استرجاعها ، فلا يجبر على نزع الأبنية التي بناها ولا الأغراس التي غرسها ، ويدفع له تمويض عن التحسين الذي حصل للأرض بسبب هذه الأبنية والأغراس . ٣ - وإذا كانت الأبنية والأغراس ذات قيمة تفوق قيمة الأرض ، فلصاحب الأغراس والأبنية الحق في أن يملك الأرض المبني عليها أو المفروسة لقاء قيمة رقبته للمالك . (ويختلف التقنين السوري عن التقنين المصري في أنه يفترض أن الباني يحوز الأرض بنية تملكها ، وفي أنه لا يجعل لصاحب المنشآت إلا الحق في نقاض قيمة مازاد في ثمن الأرض دون قيمة المواد وأجرة العمل ، وفي أنه يجعل لصاحب المنشآت الحق في تملك الأرض إذا زادت قيمة المنشآت على قيمة الأرض) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٠ : إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى

بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي ، فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكبر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يملك الأرض بشئ مثلاً . وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات ، كان لصاحب الأرض أن يملكها بقيمتها قائمة . (ويختلف التقنين

في أرض غيره بمواد من عنده ، وهو يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها :
ولكننا نقتصر ، كما اقتصرنا في المادة السابقة ، على تطبيق النص في أحد
فروضه ، هو الفرض الذي يكون فيه الباني في أرض غيره حائزاً للأرض
بنية تملكها ، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض ، فيسرد
هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقاً للقواعد التي سنذكرها فيما بعد . وهذه
القواعد هي الأحكام العامة في الالتصاق فيما يتعلق بالباني بحسن النية ، وتكمل
الأحكام التي سبق أن أوردناها في خصوص الباني سيء النية . وسنطبق هذه
الأحكام جميعاً ، فيما يتعلق بالباني بحسن النية كان أو سيئها ، في فروض
أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها كما سبق القول (١) .

ونفرض هنا ، كما فرضنا فيما تقدم (٢) ، أن شخصاً وضع يده على
أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك ، وقد أقام منشآت في هذه الأرض
بمواد من عنده . ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى استحقاق على
الحائز ، واسترد الأرض . والمفروض أن الحائز حسن النية وقت أن أقام
المنشآت ، إلا إذا أثبت صاحب الأرض أنه سيء النية كما قدمنا (٣) .
ومعنى حسن النية هنا أن يعتقد الباني أن له الحق في إقامة المنشآت ، وليس
معناه حتماً أنه يعتقد أنه يملك الأرض (٤) . فإذا أثبت صاحب الأرض أن

=العراق عن التقنين المصري في أنه يوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت ، فإذا كانت
قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض كان لمن أقام المنشآت تملك الأرض بشئ مثلها ، وإن كانت
قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المنشآت كان لصاحب الأرض أن يملك المنشآت بقيمتها مستحقة
البقاء) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٢١٦ (موافقة للمادة ٨٨٩ سوري) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٤) فيكون إذن حسن النية بهذا المعنى ، ولا يشترط السبب الصحيح كشرط مستقل .
فن وضع يده على أرض يعتقد باطل كالمشتري للأرض الموقوفة (استئناف مصر ١٦ يونيو
سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٠٧ ص ٣٦٩) ، أو بسبب ظني كالباني في أرض بور يعتقد
أنه تملكها بالاستيلاء (استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٠) ، يكون
مع ذلك حسن النية (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٦ ص ٥٦ - ص ٥٧) .

الباني كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه لا يملك الأرض ، فإن ذلك لا يكون قاطعاً في إثبات سوء نيته (١) ، إذ يبقى بعد ذلك أن يثبت الباني أنه بالرغم من علمه بعدم ملكيته للأرض كان يعتقد وقت أن أقام المنشآت أن له الحق في إقامتها (٢) . مثل ذلك أن يثبت أنه رخص له من صاحب الأرض في إقامة المنشآت (٣) ، أو أنه منتفع رخص له مالك الرقبة في البناء على الأرض المنتفع بها (٤) ، أو أنه مستأجر رخص له الموجر في أن يقيم منشآت في الأرض الموجرة دون أن يتفق معه على مصير هذه المنشآت (٥) ، أو كان يعتقد أن له حق حكر ينحوله البناء (٦) . فإذا كان الباني حائزاً للأرض بنية تملكها ، فإن حسن نيته يتمثل عادة في اعتقاده أنه يملك الأرض ، كما لو وضع يده على أرض يعتقد أنه ملكها بالميراث أو بالوصية أو بعقد ، ولم يكن يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه في الحقيقة غير وارث أو أن الوصية قد رجع فيها الموصى. أو أن العقد باطل .

ففي هذا الفرض لا يكون لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، كما كان له هذا الحق فيما إذا كان الحائز سيء النية على النحو الذي قدمناه (٧) . ذلك بأننا أجزنا لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة جزاء على سوء نية الحائز ، أما هنا فالحائز حسن النية فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة . وللحائز أن يطلب استبقاء المنشآت في الأرض ، وفي هذه الحالة يملكها صاحب الأرض بالالتصاق . وعليه أن يعرض الحائز ،

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٥ .

(٢) ولا يغير من حسن نيته أن يعلم ، بعد إقامته للمنشآت ، أن ليس له حق في إقامتها .

(٣) انظر مايل فقرة ١٠٥ .

(٤) انظر مايل فقرة ١٠٥ فقرة ١٠٦ .

(٥) انظر مادار في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ .

وانظر فيما يتعلق بالمستأجر وفي أنه يخضع لأحكام وردت بها نصوص خاصة مايل فقرة ١١٠ . والتثيل بالمستأجر هنا مقصور على استعراض حالة يكون فيها الباني عالماً بأنه لا يملك الأرض ولكنه يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامة المنشآت ، وليس معناه أن أحكام الالتصاق تطبق حتماً عليه دون أي تحوير فيها (قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٨ ص ٨٦ هامش ٢) .

(٦) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٥ .

(٧) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

وله في هذا التعويض الخيار في أن يدفع أقل القيمتين . فاما أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل وهذه هي القيمة التي افتقر بها الحائز ، أو أن يدفع مبلغا يساوي ثمن ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت وهذه هي القيمة التي اغتنى بها صاحب الأرض . فصاحب الأرض إذن يدفع أقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به وقيمة ما افتقر به الحائز . وهذا هو عين ما يدفعه طبقا للقواعد المقررة في الإثراء على حساب الغير . ولا يجوز له أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة كما يكون له ذلك في حالة الحائز سىء النية فيما قدمناه ، لأنه ليس له أن يطلب الإزالة كما قدمنا ومن ثم لا يوجد مسوغ لدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، ولأن هذه القيمة (وهي قيمة أنقاض البناء منقوصا منها مصروفات هدمه) تكون عادة أقل بكثير من القيمتين الأخريين اللتين بخير بينهما صاحب الأرض فلا يجوز فرضها على الحائز وهو حسن النية إذا جاز فرضها على الحائز سىء النية . وإذا كان صاحب الأرض بخير ، في حالة الحائز حسن النية ، بين دفع قيمة ما اغتنى به (زيادة قيمة الأرض) أو دفع قيمة ما افتقر به الحائز (قيمة الأدوات وأجرة العمل) ، فيبدو أن ذلك ليس مجرد تطبيق لقواعد الإثراء على حساب الغير ، وإلا لما كان هناك حاجة إلى النص على ذلك ، أو إذا وجد النص لاكتفى بالإحالة على هذه القواعد . ويحسن القول ، تنسيقا لأحكام الالتصاق في مجموعها ، إن التزام صاحب الأرض بدفع تعويض للحائز وتقدير هذا التعويض بقيمة معينة ، في جميع فروض الالتصاق - حتى في الفرض الذي نحن بصدد حيث يقضى القانون بتعويض مماثل للتعويض الذي تقضى به قواعد الإثراء على حساب الغير - هو التزام مصدره القانون لا مبدأ الإثراء على حساب الغير^(١) . ومن ثم يتقادم هذا الالتزام بخمس عشرة سنة لا بثلاث سنوات ، شأنه في ذلك شأن الالتزامات الأخرى التي ينشأها القانون في صدد التملك بالالتصاق^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى محمد عل عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص ٧٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ و فقرة ١٠٣ - ويترتب على أن الحكم ليس مجرد تطبيق لأحكام الإثراء بلا سبب أن في الإثراء بلا سبب لو تهدم البناء قبل المطالبة ، كان لصاحبه المطالبة بالرغم من هدمه ، أما هنا فيبدو أن ليس لصاحب البناء إذا كان البناء قد تهدم قبل المطالبة أن يطالب بشئ . (انظر في هذا المعنى عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧ ص ٦٠) .

ولما كان الباني في أرض غيره في القرض الذي نحن بسعدده حسن النية ، فقد أولاه القانون رعاية خاصة في أمره : (الأمر الأول) أنه أجاز له بدلا من تقاضي أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه . أن يذاب نزع المنشآت من الأرض إذا رأى له مصلحة في ذلك . وقد تتحقق هذه المصلحة فيما إذا كان نزع المنشآت لا ينشأ عنه تلف كبير لها . وكانت قيمتها بعد النزع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض على الوجه السابق بيانه . ولكنه يلتزم في هذه الحالة بإعادة الأرض إلى أصلها بعد نزع المنشآت منها . أو بتعويض صاحب الأرض عما عسى أن يصيب الأرض من ضرر بسبب نزع المنشآت (١) . وإذا كان الباني حسن النية طلب نزع المنشآت على الوجه المتقدم . فإن هذا حق له لا واجب عليه ٢ . فليس لصاحب الأرض أن يجبره على ذلك . وقد قدمنا أنه ليس لصاحب الأرض طلب الإزالة . (والأمر الثاني) ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدني فيما رأينا من أنه « إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجداوة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها . كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » . وبلاحظ أننا لم نقف هنا عند معيار موضوعي كما وقف التقنين السوري والتقنين العراقي والقانون اللبناني ٣ . فلم نوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت . ولم نجعل لصاحب المنشآت أن يملك الأرض إذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض . بل أخذنا بمعيار ذاتي . فجعلنا العبرة بالمقدرة المالية لصاحب الأرض شخصا . فإن كان يرهقه أن يؤدي لصاحب

(١) ويمكن القول مع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إنه إذا كان نزع المنشآت يحدث لأرض ضرراً جسيماً . لم يجوز لصاحب المنشآت طلب نزعها . وإلا كان في هذا تعسف في استعمال حق (انظر المذكرة الإيضاحية إذ تقول : « هذا كله إلا إذا طلب الباني نزع الأدوات ولم يكن نزعها يأتى بأضراراً جسيماً » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣١) . انظر في هذا المعنى شفيق شحادة فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص ٧٥ - إسحاق شامخ ص ٥٨ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢١ ص ٢٩٣ دمشق ١ .

(٢) إذ تقول العبرة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٩٢٥ مدني . كما رأينا . هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .

(٣) انظر آتقاً ص ٢٩٩ دمشق ١ .

المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت التي أقيمت . كان له ، بدلا من تملك المنشآت بالتصاق . أن يطلب تملك الأرض لصاحب المنشآت ، على أن يدفع هذا له تعويضا عادلا عن الأرض يقدره الخبير عند الاقتضاء^(١) . ويجوز للقاضي أن يجعل أداء هذا التعويض على أفساط دورية بناء على طلب صاحب المنشآت ، أسوة بسائر أنواع التعويض التي تستحق بسبب الالتصاق^(٢) . وقد كان نص المشروع التمهيدى في هذا الصدد يقضى . كشرط لتمليك الأرض لصاحب المنشآت . عدم استطاعة صاحب الأرض دفع المستحق عليه إذا هو تملك المنشآت . فعدل النص في لجنة مجلس الشيوخ واكتفى بأن يكون الدفع مرفقا لصاحب الأرض . « لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا الثبوت من عدم الاستطاعة »^(٣) . ويملك صاحب المنشآت الأرض ،

(١) وقد كان القضاء المختلط يجرى في بعض أحكامه على هذا المبدأ دون نص . بالتطبيق لقواعد العدالة (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٠ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٨ - ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٤ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٢) . ويذهب بعض الفقهاء إلى أن التعويض العادل يمكن أن يكون أقل من قيمة الأرض الحقيقية ، نظراً لأن الأرض تملك لصاحب المنشآت وهو حسن نية جبراً عليه (عبد المنعم فريج الصده فقرة ٢٦٢ ص ٣٨١) . ويمكن القول بأنه إذا ثبت خطأ في جانب صاحب الأرض بأن تركها مثلا تنتقل من يد إلى يد دون تحوط منه إلى أن استقرت في يد حائز حسن النية ، أمكن أن يكون صاحب الأرض مسئولاً عن هذا الخطأ ، وقد يستتدل جزء من قيمة الأرض كتعويض مستحق في ذمة صاحب الأرض لصاحب المنشآت . انظر أيضاً في هذه المسألة منصور مصطفى منصور فقرة ١٢١ ص ٢٩٤ - ص ٢٩٥ .

(٢) انظر المادة ٩٢٧ مدنى فيما يلى فقرة ١١١ .

(٣) انظر مآدار في لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ - وقد جرت في لجنة مجلس الشيوخ أيضاً موازنة بين الحكم الوارد في المادة ٢/٩٢٥ مدنى وحكم الفقه الإسلامى الذى يقضى بأنه إذا اتضح أن قيمة البناء تزيد على قيمة الأرض كان صاحب الأرض بالخيار بين تملك الأرض لصاحب المنشآت أو استبقاء هذه المنشآت . وواضح أن معيار الفقه الإسلامى ، وهو زيادة قيمة المنشآت على قيمة الأرض ، هو معيار موضوعى أومادى . وواضح أيضاً أن المعيار الذى أخذت به المادة ٢/٩٢٥ مدنى وهو أن يرهق التعويض صاحب الأرض شخصياً ، هو معيار شخصى أو ذاتى . وفي ضوء ما هو واضح في شأن كل من المعيارين يجب فهم العبارة التي وردت في محضر لجنة مجلس الشيوخ على لسان رئيس اللجنة من « أن المعيار الوارد في المادة معيار شخصى وأن المعيار الوارد في الفقه الإسلامى =

إذا توافر شرط الإرهاق . لا يحكم الالتصاق . فإن الالتصاق إنما يكون سببا لتملك صاحب الأرض للمنشآت لا لتلك صامية المنشآت للأرض . وإنما يملك صاحب المنشآت الأرض ويلتزم بدفع الميراث بحكم القانون ، بناء على إرادة منفردة تصدر من صاحب الأرض . وقد قصر حق تملك الأرض لصاحب المنشآت على حالة البناء بحسن نية دون حالة البناء بسوء نية . لأنه في حالة البناء بسوء نية يستطيع صاحب الأرض أن يتفادى الإرهاق بأن يطلب الإزالة . في حين أنه في حالة البناء بحسن نية لا يستطيع صاحب الأرض طلب الإزالة فأعطى عوضا عنه حق تملك الأرض لصاحب المنشآت تفاديا للإرهاق (١) .

وإذا ملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق على النحو الذي قدمناه ، فإن ملكيته هذه تكون معقدة على شرط واقف : هو ألا يطلب صاحب المنشآت نزعها أو يطلب هو تملك الأرض لصاحب المنشآت . فإذا تحقق الشرط الواقف . ولم تنزع المنشآت من الأرض وبقيت الأرض على ملك صاحبها . فإن صاحب الأرض يملك المنشآت بالالتصاق كما قدمنا ، ويكون لتحقيق الشرط أثر رجعي . فيستند إلى الوقت الذي أدمجت فيه المنشآت في الأرض ، وقد سبق تقرير ذلك في مواضع مختلفة (٢) .

§ - ٢ فروض أخرى ندرى لمبرها العلم العام لمرتكبين في صورة الثانية

١٠٥ - فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للباقي في البناء نص

قانوني : تنص المادة ٩٢٦ مدني على ما يأتي :

« إذا أقام أجنبي منشآت بمراد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض ، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق في شأن هذه المنشآت

= معيار مادي ، وأنه يفضل المعيار الشخصي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٢) .
فمعى الشطر الأخير من العبارة ، كما هو ظاهر من استبقاء المعيار الشخصي دون المعيار الموضوعي ، أن رئيس اللجنة يفضل (يوثر) المعيار الشخصي ، لا أن المعيار الموضوعي يفضل (أفضل من) المعيار الشخصي . قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٨ ص ١٠٦ هامش ١ : وهو يأخذ بالمعيار الموضوعي ويشترط زيادة قيمة البناء على قيمة الأرض .

(١) أنظر في هذا المعنى إسماعيل غانم ص ٥٩ - عبد المنعم فرج عمدة فقرة ٢٦٢

ص ٣٨١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٠ و فقرة ١٠٣ .

أن يطلب إزالتها . ويجب عليه . إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .
أن يؤدي إليه إحدى التقيتين المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة
السابقة .^(١)

ويخلص من هذا النص أننا نواجه هنا فرضاً يكون فيه الباني غير حائز
للأرض بنية تملكها ، إذ هو قد حصل على ترخيص من صاحب الأرض
في إقامة البناء . وهذا إقرار منه بأن الأرض ليست ملكه ، ولا يضع يده
عليها بنية تملكها . ولكنه بالترخيص الذي حصل عليه من صاحب الأرض
يكون له الحق في إقامة البناء ، ومن ثم يكون في وضع الحائز حسن النية
الذي يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت . والمفروض أن الترخيص قد سكت
عن مصير المنشآت ، فليس هناك اتفاق بين صاحب الأرض ومن أقام
المنشآت على ما إذا كان صاحب الأرض يملك هذه المنشآت . وفي نظير

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦١ من المشروع التمهيدى على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٨ في
المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٩٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤) .

ويقابل النص في التقنين المدنى المخطط م ٨٩ : من بنى أو غرس في أرض بإذن صريح
من مالكيها ، بدون شرط ولا قيد ، يكون مالكا لتلك الأرض . (وهذا الحكم قريب يخرج على
القواعد المألوفة ، إذ يملك الأرض لصاحب المنشآت بمجرد ترخيص صاحب الأرض في إقامة
المنشآت دون شرط ولا قيد . ويعتبر أن هذا الترخيص بمثابة تمليك ضمنى للأرض . والصحيح
هو ما ورد في المادة ٩٢٦ من التقنين المدنى الجديد : إذ المنقول أن كل ما يترتب على ترخيص
صاحب الأرض في إقامة منشآت في أرضه أن يعتبر صاحب المنشآت حسن النية يعتقد أن له
الحق في إقامة المنشآت عند إقامتها) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢١ : إذا أحدث شخص منشآت من عتده وعلى أرض غيره
بإذن ، فإن لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه ، فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع
المحدثات . ويجب عليه . إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها ، أن يؤدي إليه قيمتها قائمة .
(والتقنين العراقى يتفق مع "تقنين مصرى" ، فيما عدا أن التقنين العراقى لا يجعل الخيار
لصاحب الأرض في تعويض صاحب المنشآت بإعطائه أقل التقيتين ، بل يلزمه بأن يؤدي
قيمة المنشآت قائمة ، كما هو شأن أى حائز حسن نية في هذا التقنين : م ١١٣٠ مدنى عراقى) .
قانون الملكية العقارية البانى لا مقابل .

أية قيمة يكون هذا التملك . أو ما إذا كان له أو لمـاـحـب المنشآت الحق في طلب إزالتها . وكان المثل الظاهر لهذا الرضع هو المستأجر ، يرخص له المؤجر في البناء في العين المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير المنشآت (١) ، لو لا أن القانون أورد نصوصا خاصة بعقد الإيجار يحـب تطبيق الأحكام العامة في الالتصاق عى ما سيجىء (٢) ، ويمكن افتراض أن الباني قد بنى في أرض ترتب له عليها حق انتفاع . وقد بنى بترخيص من مالك الرقبة دون أن يتضمن هذا الترخيص اتفاقا على مصير البناء ، فهنا يكون المنتفع قد بنى في الأرض المنتفع بها بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض (٣) .

وفى هذا الفرض لا شك في وجوب اعتبار الباني حسن النية . فهو وإن كان يعلم أنه غير مالك للأرض . إلا أنه حصل على رخصة من صاحب الأرض في البناء . فله إذن الحق في إقامته . وعلى هذا يكون في وضع مماثل تماما لوضع الحائز الذى يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامة البناء . وهو الوضع المنصوص عليه في المادة ٩٢٥ مدنى فيما قدمناه .

وعلى ذلك فالواجب تطبيق أحكام المادة ٩٢٥ مدنى في هذا الفرض . وقد طبقت المادة ٩٢٦ مدنى سالفه الذكر فعلا هذه الأحكام . فهى تنضى بأن مالك الأرض لا يجوز له ، بعد أن رخص في إقامة البناء . أن يطلب إزالته . فيبقى البناء إذن في الأرض ، ويتملكه صاحب الأرض بالالتصاق . ويدفع تعويضا للباني أقل القيمتين . قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء وقيمة المواد مع أجر العمل . ويجوز للباني ، لالصاحب الأرض . أن يطلب نزع البناء من الأرض . على أن يعيد الأرض إلى أصلها أو يعرض صاحبها عن الضرر الذى عسى أن يصيبها من جراء نزع البناء . ويشترط في ذلك ألا يكون نزع البناء من شأنه أن يضر بالأرض ضررا جسيما . وإلا كان الباني متعسفا في استعمال حقه في طلب نزع البناء .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٢١ .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ١١٢ .

(٣) أنظر في حالة بناء المنتفع في الأرض المنتفع بها دون الحصول على ترخيص من مالك الرقبة ، رى اعتباره بانيا في أرض غيره وهو سوء نية ما يلى فقرة ١٠٦ .

ونرى من ذلك أننا طبقنا في هذا الفرض . بموجب المادة ٩٢٦ مدني
 سالفة الذكر . نفس الأحكام الواردة في المادة ٩٢٥ مدني . وهي الأحكام
 العامة في الالتصاق فيما إذا كان الباني حسن النية . ولا شك في حسن نية
 الباني في فرضنا هذا . ومن ثم تسري الأحكام العامة في الالتصاق بصريح
 نص المادة ٩٢٦ مدني كما نرى . وتسري بما أوردناه من تفصيلات فيما
 أسلفناه (١) .

غير أن هناك حكماً خاصاً نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدني :
 يحجز لصاحب الأرض أن يملك الأرض للباني حسن النية في نظيره
 تعويض عادل . إذا كان البناء قد بلغ حداً من الجسامه يرهق صاحب الأرض
 أن يؤدي ما هو مستحق عنها (٢) . ولما كان هذا الحكم هو حكم استثنائي
 محض . فلا يصح إجراؤه إلا بنص خاص . ولم تشمل المادة ٩٢٦ مدني على
 هذا النص كما اشتملت عليه المادة ٩٢٥ مدني فيما رأينا . ومن ثم يبدو أنه
 لا يجوز تطبيقه في الفرض الذي نحن بصدده . ولا يستطيع صاحب الأرض .
 إذا لم يختر الباني نزع البناء . إلا أن يملك البناء بأدنى الشيئين بطريق الالتصاق .
 ولا يجوز له أن يملك الأرض للباني ولو كان التعويض الواجب عليه دفعه
 مرهقاً له (٣) .

١٠٦ - فرضه ما إذا بنى المنتفع في الأرض المنتفع بها : وإذا بنى

المنتفع في الأرض المنتفع بها . وجب التمييز بين أمرين :
 (الأمر الأول) أن يكون المنتفع قد حصل على ترخيص من مالك

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٥ .

(٣) ويمكن تعليل عدم الأخذ بجواز تمليك الأرض لصاحب المنشآت في هذا الفرض ،
 بأنه مادام صاحب الأرض قد رخص لصاحب المنشآت في إقامتها . فلا يحق له أن يملك
 بأن التعويض مرهق له بعد أن صدر منه ترخيص في إقامة المنشآت . أما إذا كان الباني لم يحصل
 على ترخيص من صاحب الأرض في إقامة البناء . فهما كانت نيته حسنة فإن التعويض يجوز أن
 يرهق صاحب الأرض وهو لم يصدر منه ترخيص في البناء . فأخير له تفادياً من هذا الإرهاق
 أن يطلب تملك الأرض لصاحب المنشآت .

الرقبة في البناء^(١) . وهنا يعتبر بانبا حسن النية . وتسرى عليه تبعا لذلك أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدني . فيتملك صاحب الرقبة البناء بالالتصاق . وعليه أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين . قيمة المواد لأجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . وللمنتفع . إذا اختار ذلك . أن يطلب نزع البناء من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها . ولكن ليس لصاحب الرقبة أن يطلب إزالة البناء^(٢) .

(والأمر الثاني) أن يكون المنتفع قد بنى في الأرض المنتفع بها دون الحصول على ترخيص في ذلك من مالك الرقبة . وهنا يعتبر بانبا سيء النية . وتسرى عليه تبعا لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدني . فيجوز لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء . وإذا استبقاه تملكه بالالتصاق على أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين . قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء^(٣) . وقد اعتبرنا المنتفع الذي لم يحصل على ترخيص في البناء سيء النية . لأنه لا يستطيع أن يتمسك بأن له حقا كمنتفع في البناء على الأرض المنتفع بها إذا لم يكن قد حصل على ترخيص في ذلك من مالك الرقبة . فان المادة ٩٨٨ مدني توجب على المنتفع « أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها » . ويرتب على ذلك أنه ليس من حقه أن يغير حالة الأرض المنتفع بها باقامة بناء عليها ، وإذا هو فعل فانه يكون قد بنى وهو سيء النية فتسرى عليه أحكام الباني سيء النية^(٤) .

(١) وكان المشروع التهدي للتقنين المدني يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « ليس للمنتفع أن يحد أي بناء أو غراس بغير رضا المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضا بالكتابة أو بما يقوم مقامها » . وقد حذف هذا النص في بنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٦ في الهامش) ، فلم يبق إلا تطبيق المبادئ العامة (أنظر مايلي فقرة ٥٤٣) .

(٢) أنظر في ذلك آنفاً فقرة ١٠٥ .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك ماقدمناه آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٤) عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٢ ص ٦٦ - وقد نص قانون الملكية العقارية اللبناني صراحة على أن المنتفع إذا بنى أو غرس في الأرض المنتفع بها تسرى عليه أحكام الباني أو الفارس في أرض غيره وهو سيء النية ، إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٧ من هذا القانون على ما يأتي : « وعند انقضاء أجل الافتقاع ، تطبق هذه الأحكام (أحكام الباني أو الفارس وهو سيء النية) على المنتفع الذي يكون قد شيد أبنية أو غرس أغراساً في الأرض » .

وهذه المسألة محل خلاف شديد في القانون الفرنسي . فالقضاء الفرنسي يذهب إلى أن المنتفع إذا بنى في الأرض المنتفع بها دون ترخيص من مالك الرقبة . وجب عليه أن يترك البناء لمالك الرقبة دون أن يتقاضى منه أى تعويض . شأن البناء في ذلك شأن التحسينات التى يجريها المنتفع في العين المنتفع بها فلا يتقاضى عنها تعويضا . أما الفقه الفرنسي فنقسم . فمن الفقهاء من يساير القضاء الفرنسي فيما ذهب إليه (١) . ومنهم من يخالفه ويعامل المنتفع معاملة الباني سىء النية (٢) . أما في القانون المصرى فلا محل لهذا الخلاف ، إذ لا يتضمن التقنين المدنى المصرى . كما تضمن التقنين المدنى الفرنسى (م ٥٩٩) . نصا يحرم المنتفع من الرجوع بالتحسينات التى أجراها في العين المنتفع بها على مالك الرقبة . وهو النص الذى قاس عليه القضاء الفرنسى حرمان المنتفع من الرجوع بأى تعويض على مالك الرقبة فيما يقيمه من منشآت في العين المنتفع بها . فالمنتفع إذن . في القانون المصرى ، له الحق في الرجوع بالتعويض على مالك الرقبة فيما يقيمه من بناء . ولكنه يعتبر بانيا سىء النية ما دام لم يحصل على ترخيص في البناء من مالك الرقبة كما سبق القول (٣) .

١٠٧ - فرضه ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت : وهنا أيضا

لا نواجه حائزا للأرض بنية تملكها . بل نواجه مالكا للأرض وقد بنى فيها وهو لا يزال مالكا ، ثم أبطلت ملكيته أو فسخت . فتسرى عليه الأحكام العامة للالتصاق سريانها على الحائز للأرض بنية تملكها .

ونستعرض بادية ذى بدء فرضا يكون فيه الباني واضعا يده على الأرض بموجب عقد باطل . فهنا يكون الباني غير مالك للأرض أصلا . ويكون بانيا في أرض غيره بنية سيئة أو بنية حسنة بحسب الأحوال . فان كان يعلم

(١) بودرى وشوفو فقرة ٣٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ من ٣٧٠ هامش ٢٣ وفقرة ٢٣٥ من ٧٠٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩ - كولان وكايتان ودي لاموراندوير ١ فقرة ١١٤٩ - وقرب مازو فقرة ١٦٠٢ .

(٣) أنظر عكس ذلك وأن المنتفع يعتبر بانيا حسن النية حتى لو لم يحصل على ترخيص في البناء : محمد حل عرفة ٢ فقرة ٥٠ .

أن عقده باطل وأنه لا يملك الأرض بهذا العقد ، فهو بان سىء النية ، ويكون لمالك الأرض حق الإزالة أو حق استبقاء البناء وتملكه بالالتصاق في مقابل أدنى القيمتين . قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة زيادة الأرض . وذلك كله وفقا لأحكام المادة ٩٢٤ مدنى على التفصيل الذى قدمناه^(١) . وإن كان لا يعلم ببطلان عقده ويعتقد وقت أن بنى أنه مالك للأرض وأن له حق البناء فيها . كان بانيا حسن النية . ولا يكون لمالك الأرض حق الإزالة بل يملك البناء بالالتصاق في مقابل أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة زيادة الأرض . ولكن يكون للباني حق نزع البناء إذا شاء . ويكون لمالك الأرض تملكها للباني . وذلك كله وفقا لأحكام المادة ٩٢٥ مدنى على التفصيل الذى قدمناه^(٢) .

وقد يكون الباني مالكا للأرض بعقده البطل للإزالة ، وبني قبل إبطال العقد . فإذا أبطل العقد كان إبطاله بأثر رجعى . وتبين أن الباني قد بنى في أرض لا يملكها . فان كان يعلم بعيوب عقده وأنه قابل للإبطال . كان بانيا سىء النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى . أما إذا كان لا يعلم بعيوب العقد ويعتقد أنه يملك الأرض وأن له الحق في إقامة البناء ، فانه يكون بانيا حسن النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدنى .

وقد يكون الباني مالكا للأرض . وقد بنى عليها وهو لا يزال مالكا . ثم فسخت ملكيته . مثل ذلك مشتر للأرض لم يدفع الثمن . أو راس عليه مزاد الأرض وتخلف عن دفع باقى الثمن . فالأول يفسخ عقده بأثر رجعى . والثاني يعاد البيع على مسئوليته ويفسخ رسو المزاد عليه بأثر رجعى كذلك . وهذا وذاك يعتبران أنهما لم يملكا الأرض أصلا وأنهما وقت أن بنيا فيها لم يكن لهما الحق في إقامة البناء . ولما كان سبب الفسخ راجعا إلى خطأهما إذ تخلفا عن دفع الثمن . فان كلا منهما يعتبر بانيا في أرض غيره وهو سىء النية . فتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى^(٣) .

(١) أنظر آتفاً فقرة ١٠٣ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) استشاف مخطوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ = ٣٥ ص ٧٠ - الترميز ١ فقرة ٤٧٨ -

عبد كامل مرسى ٣ فقرة ١١٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٥١ ص ٩٢ - عبد النعم فرج الصدة فقرة ٢٦٧ - أحمد محب اغلال وحامد زكى في البيع فقرة ٧٠٠ ص ٤٨١ .

وقد يكون الباني مشتريا للأرض تحت شرط فاسخ . أو راس عليه مزاد الأرض وقررت عليه الزيادة بال عشر . فتحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعي أو رسا المزاد على شخص غير من رسا عليه المزاد الأول . فيعتبر المشتري تحت شرط فاسخ إذا تحقق الشرط بغير خطئه ، وكذلك الراسي عليه المزاد الأول . كل منهما قد بنى في أرض غيره وهو حسن النية . فتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدني . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ بخطأ المشتري ، فانه يعتبر بانيا في أرض غيره وهو سيء النية ، وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني (١) .

١٠٨ - فرض ما إذا بنى البائع في الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد

البيع أو بنى المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل : إذا باع شخص لشخص آخر أرضا ، فقبل تسجيل عقد البيع يبنى البائع مالكا للأرض ، ويكون المشتري غير مالك لها .

فاذا بنى البائع في الأرض قبل التسجيل ، ثم سجل عقد البيع فانتقلت الملكية إلى المشتري ، فهل يعتبر البائع بانيا في أرض غيره ونجزي عليه أحكام الالتصاق ؟ لا يمكن القول بذلك إلا إذا سلمنا بأن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين البائع والمشتري . فتنقل الملكية بالتسجيل إلى المشتري - بالنسبة إلى البائع وحده - من وقت انعقاد البيع لا من وقت التسجيل . فيتبين أن البائع قد بنى في الأرض وهي في ملك المشتري ، فيكون بانيا في أرض الغير وهو سيء النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني ، ويكون للمشتري الحق في طلب

(١) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢ ، ص ٦٥ - وهذا ما جرى

عليه القضاء في فرنسا . فهو يُلَبِّق أحكام الالتصاق (م ٥٥٥ مدني فرنسي) على المالك تحت شرط فاسخ الذي يبنى قبل تحقق الشرط ، ويعتبره في الأصل حسن النية ، إلا إذا كان تحقق الشرط قد وقع بخطئه ، أو كان قد بنى بعد أن رفعت عليه دعوى الفسخ (نقض فرنسي

٣٠ مارس سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ - ١ - ٦٥ - ١٤ أبريل سنة ١٨٥٢ سيريه ٥٢ - ١ -

٤٤١ - ٨ مارس سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢٩٨ - بيزانسون ١٧ مارس سنة ١٨٩٧

دالوز ٩٨ - ٢ - ٢١١ - بواتيه ١٥ فبراير سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٦ - ٢ - ١٥٥) .

واعترف في هذه المسئلة في الفقه الفرنسي أوربي ورو ٢ فقرة ٢٠ ص ٣٦٧ هامش ١٨ -

بلانويول وريبير ويكر ٣ فقرة ٢٧٦ - بلانويول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٩٧١ - مازو

فقرة ١٦٠٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ construction فقرة ٧٣ - فقرة ٧٦ .

إزالة البناء أو استبقائه في مقابل دفع أدنى التقيمتين ، قيمة البناء مستحق الهدم أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء .

أخذ القضاء بهذه الحلول . ولكنه لم يؤسسها على فكرة الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين . فعنده أن التسجيل ليس له هذا الأثر الرجعى . بل اعتبر البائع وهو يبنى في الأرض التى باعها قبل التسجيل يبنى في أرض يملكها . ولكنه لما كان ملتزماً بموجب عقد البيع أن يسلم المبيع للمشتري بالحالة التى كان عليها وقت البيع (م ٤٣١ مدنى) ، فانه يبنائه في الأرض يكون قد أدخل بهذا الالتزام . وقد كان مقتضى ذلك أن يجبر البائع على إزالة البناء ، ويكون هذا تعويضاً عينياً عن الإخلال بالتزامه . ولكن القضاء شبه البائع وهو يبنى في الأرض قبل التسجيل بالبائى في أرض غيره وهو سىء النية ، فأجرى عليه أحكام الالتصاق الواردة في المادة ٩٢٤ مدنى عن طريق القياس ، وأجاز للمشتري إذا طلب البائع إزالة البناء أن يستبقيه في مقابل دفع قيمته مستحق الهدم أو دفع ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء (١) .

(١) وقالت محكمة استئناف مصر في أسباب حكمها في هذا المعنى : « إنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة في المبيع قبل التسليم ، فيعتبر كأنه أقامه في غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن بالتسجيل تنتقل الملكية من يوم حصوله ، غير أن باقى الالتزامات الأخرى الناشئة من البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التمهيد بالبيع ، لأنها في الحقيقة التزامات شخصية تأخذ حكمها القانونى من وقت التمهيد . ومن حيث إنه من ضمن هذه الالتزامات امتناع البائع بمجرد التمهيد عن كل ما يزيد أو ينقص في المبيع ، وهو التزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو وقت التمهيد المذكور . ومن حيث إن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشتري دون مقابل ، لأن في ذلك إثراء من غير مقابل يحرمه القانون المدنى ، وعلى المشتري الذى يقبل البيع بهذه الزيادة أن يتبع القواعد التى رسمها القانون فيما يختص بالغراس أو البناء في أرض الغير » (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٨ ص ٩٦) .

وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم ، وقضت بأن البائع ملزم بتسليم المقار بحاله التى هو عليها وقت تحرير العقد . فإذا هو أقدم قبل نقل الملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم بصحة التماقد ، فأحدث زيادة في هذا المقار (بناء) بينا المشتري يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تمهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل في أن تعتبره المحكمة - بعد أن صدر الحكم بصحة التماقد وسجل - كأنه أحدث تلك الزيادة في أرض مملوكة لغيره ، يفصل في أمرها قياساً على حالة من أحدث غراساً أو بناء في ملك غيره (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ١٠١) .

وفي رأينا أن هذا القضاء محل للنظر ، وقد قررنا عند الكلام في البيع أننا نذهب إلى أن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين البائع والمشتري (١) . فلو أخذنا بهذا الرأي لظهر في وضوح أن البائع ، وقد بنى في الأرض المبيعة قبل التسجيل ثم سجل العقد ، إنما يبنى في أرض لا يملكها إذ هي مملوكة للمشتري بعد أن سجل عقد البيع ، ويملكها منذ انعقاد البيع لا من وقت التسجيل وذلك بالنسبة إلى البائع وحده . فتستقيم الحلول التي أخذ بها القضاء ، ولا نحتاج إلى القول بأن البائع ، وقد بنى في أرض يملكها ما دام البيع لم يسجل وقت إقامة البناء ، يعتبر كالباني في ملك غيره ، فنثبت له الملكية من جهة وننفى عنه من جهة أخرى . وقد قلنا في هذا الصدد : عند ما واجهنا هذه المسألة عند الكلام في عقد البيع : « ولا شك في أن القول بالأثر الرجعي (فيما بين المتعاقدين) هنا أفضل - من ناحية الصناعة القانونية - من إنكار هذا الأثر . فإننا إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى في ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بالأحداث تغيراً في العين المبيعة وهو الطريق الذي اختارته محكمة النقض ، إلا إلى شيء قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكنه ليس هو بالذات . وكل ما نصل إليه هو أن البائع قد أدخل بالتزامه في ألا يبنى في الأرض المبيعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عينا ، فيهدم البناء ويأخذه أنقاضاً ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق الهدم ، فلا يستطيع المشتري إجباره على إبقاء البناء . فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التي نشدتها محكمة النقض وهي اعتبار البائع بانياً بسوء نية في أرض غيره ، وإجباره إذا شاء المشتري على إبقاء البناء في الأرض مقابل قيمته مستحق الهدم » (٢) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ - فقرة ٢٨٦ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ ص ٥٢٣ - ص ٥٢٤ - وقد قيل « إن البائع إذا أصر على نزع البناء وأخذه أنقاضاً يكون متمسكاً في استعمال حقه ، إذ أن نزع البناء ليس في مصلحته مادام المشتري يعرض عليه تمويضاً لا يقل عن قيمة البناء مستحق الهدم » (حلمى بهجت بدرى في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٥١) . والذي يمكن استخلاصه من تطبيق قواعد البيع في الغرض الذي نحن بصدده هو أن البائع قد أدخل بالتزامه من تسليم الأرض المبيعة

وإذا فرضنا ، على عكس الفرض الذى قدمناه ، أن المشتري هو الذى بنى فى الأرض قبل تسجيل عقد البيع ، ثم سجل العقد ، فالقول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين لا تصبح له أهمية فى هذه الحالة . ذلك أنه لو قيل بالأثر الرجعى . لتبين أن المشتري قد بنى فى ملكه . وإذا قيل بأن التسجيل لا ينقل ملكية الأرض . فيما بين البائع والمشتري . إلا من وقت تسجيل البيع . لتبين أن المشتري قد بنى فى غير ملكه ، ولكنه أصبح هو نفسه المالك

بحالتها وقت انعقاد البيع ، بأن أحدث فيها بناء . فإذا طلب المشتري التعويض عيناً ، أجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى حالتها وقت البيع . وليس هذا حقاً للبائع حتى يعتل القول بأنه يتصرف فى استعماله ، بل هو التزام يجب عليه القيام به . وإذا لم يطالب المشتري من البائع هدم البناء تعويضاً عينياً عن إخلاله بالتزامه من تسليم العين بحالتها وقت البيع ، يكون بذلك قد قبل بقاء البناء قائماً فى الأرض . وعليه إذن أن يدفع للبائع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . فالمشتري إذن بين أمرين : إما أن يجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى أصلها . أو أن يستبقى البناء مع دفع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . والذى لا يستطيع المطالبة به بموجب قواعد البيع ، وكان يستطيع المطالبة به بموجب قواعد الالتصاق ، هو استبقاء البناء مع دفع قيمته مستحق الهدم .

وهناك رأى يذهب إلى أن للمشتري التزام البائع بهدم البناء . وليس له أن يجبره على ترك البناء حتى لو عرض عليه الوفاء بما أنفق فيه ، وإذا أراد المشتري أن تنتقل ملكية البناء إليه فلا بد له من اتفاق جديد مع البائع على ذلك ، وتنتقل ملكية البناء إلى المشتري بموجب هذا الاتفاق الجديد الذى يخضع بدوره لإجراء التسجيل (محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٢ ص ٦٤ - ص ٦٥ - حسن كيرة ص ٦٧ - ص ٦٨) . ويؤخذ على هذا الرأى أنه لم يواجه حالة ما إذا لم يطلب المشتري هدم البناء ولم يستطع الوصول إلى اتفاق مع البائع فى شأنه ، وهذه هى الحالة المنتظر وقوعها فى الغالب . فهل ينزع البائع البناء من الأرض دون أن يطلب منه المشتري ذلك ، وينزع البناء من الأرض التزام على البائع لاحق له كما قدمنا ، أو يستبقى المشتري البناء دون اتفاق مع البائع . وإذا استبقاء فاية قيمة يلتزم بدفعها للبائع فى مقابل البناء ؟ يبدو أن الحل العدل فى هذه الحالة هو أن المشتري يستبقى البناء فى مقابل دفع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء كما سبق القول ، وليس له على أية حال أن يستبقيه فى مقابل دفع قيمته مستحق الهدم . وكانت قواعد الالتصاق تحببنا كل هذه المشاكل ، وهى القواعد التى لجأ إليها القضاء قبلاً كما رأينا ، ولكن تطبيقها لا يستقيم من ناحية المنطق القانونى إلا إذا قلنا بأن التسجيل أثر رجعى فيما بين البائع والمشتري .

بالتسجيل ، فلا يعود للبائع شأن بالبناء الذي أقامه المشتري قبل التسجيل (١) .

(١) أو كما تقول محكمة النقض إن البيع غير المسجل يخول المشتري الانتفاع بالأرض فله حق البناء عليها على سبيل البقاء والاستقرار فيكون البناء ملكاً له (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦) - ولكن الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين البائع والمشتري ، إذا بقي المشتري في الأرض قبل التسجيل ، تكون له أهمية عملية فيما إذا أراد المشتري أن يشفع بالبناء الذي أقامه في الأرض المجاورة التي بيعت قبل أن يسجل عقد البيع . ونرى في هذه الحالة أن للمشتري أن يأخذ الأرض المجاورة بالشفعة بعد أن يسجل عقد البيع ، لأن التسجيل يجعله مالكا - بالنسبة إلى مشتري الأرض المجاورة المشفوع منه وهو ليس من الغير في معنى التسجيل - من وقت انعقاد البيع الصادر للمشتري الشفيع ، فيكون هذا قد بني في ملكه وتملك كلا من الأرض والبناء من وقت انعقاد البيع . أي قبل البيع الصادر لمشتري الأرض المجاورة ، ومن ثم يجوز له الأخذ بالشفعة . بل إننا نرى أن المشتري الشفيع يأخذ بالشفعة ، حتى لو لم يكن في الأرض التي اشتراها ، إذ هو يتملك هذه الأرض ، بعد تسجيل عقد البيع ، منذ انعقاد البيع . وذلك بالنسبة إلى مشتري الأرض المجاورة فيكون جارا مالكا في معنى الشفعة ، ومن ثم يجوز له أن يشفع بالأرض التي اشتراها دون حاجة إلى أن يقيم عليها بناء (أنظر الوسيط : فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) .

وقد ذهبت محكمة النقض إلى إعطاء المشتري الذي بني في الأرض المشتراة قبل التسجيل الحق في أن يشفع في الأرض المجاورة إذا بيعت قبل التسجيل ، ولكنه يشفع بالبناء الذي أقامه لا بالأرض التي اشتراها إذ هو لا يملكها إلا من وقت التسجيل بحسب المبدأ الذي سارت عليه محكمة النقض . أما البناء الذي أقامه المشتري فإنه يملكه منذ إقامته وقبل أن يملك الأرض ، وملكته له ملكية مصدرها واقعة البناء على سبيل القرار ، ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء . ولا مخالفة في ذلك لقانون التسجيل ، ذلك أن الشفيع مشتري الأرض بعقد غير مسجل لا يؤسس حقه في طلب الشفعة على عقد شرائه ، وإنما يقيمه على ملكية البناء استقلا عن الأرض . كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالاتصاق قولاً بأن بائع الأرض يعتبر في حكم القانون وبالنسبة للكافة هو وحده مالك البناء الذي أقامه المشتري الذي لم يسجل عند شرائه . ذلك بأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكا للبناء بفعل الاتصاق إنما يقرر في صالح المالك قرينة غير قاطعة قابلة لإثبات العكس ، كما إذا حول مالك الأرض لمشتريها الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فإنه في هذه الحالة يعتبر مالكا لما يقيمه عليها من بناء على اعتبار أنه عقار . فمناط تطبيق قواعد الاتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمني من مالك الأرض للغير بإحداث هذا البناء . فحينما وجد اتفاق أو إذن صريح أو ضمني من مالك الأرض للغير ، امتنع التحدي بقواعد الاتصاق وفقاً لأحكام المادة ٦٥ من القانون المدني القديم ، ووجب اعتبار البناء عقاراً مستقلاً عن الأرض وملكاً خالصاً لمن أقامه . ولا نزاع في أن البائع . وهو ملزم بتسليم المبيع للمشتري وعدم التمسك له ، إذا ما أوفى بهذا الالتزام فقد نقل للمشتري حيازة المبيع . وكان هذا الأخير أن ينتزع به بكافة وجوه الانتفاع . ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار « (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦) - وإنظر في انتقاد هذا الحكم محمد علي عرفة ٢ فقرة ٥٧) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الشفعة (أنظر مايلي فقرة ١٨٩) .

ولكن تدق المسألة لو أن مشترى ثانيا من البائع . بنى المشتري الأول الذى بنى فى الأرض إلى تسجيل عقده . فانتقلت الملكية إلى المشتري الثانى دون المشتري الأول . ونرى أن الواجب فى هذه الحالة معاملة المشتري الأول معاملة البانى فى أرض غيره وهو حسن النية : لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يعتدى على حق لأحد وأن له حقا فى البناء . ومن ثم تسرى عليه أحكام أحكام المادة ٩٢٥ مدنى وهى الأحكام العامة للاتصاق فيما إذا كان البانى حسن النية . ويتملك المشتري الثانى البناء بالاتصاق على أن يدفع للمشتري الأول أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء . ويكون للمشتري الأول الحق فى نزع البناء من الأرض مع إعادتها إلى أصلها . كما يكون للمشتري الثانى أن يملك الأرض للمشتري الأول فى مقابل تعويض عادل إذا كان التزامه بدفع أدنى القيمتين للمشتري الأول فى مقابلى تملكه البناء بالاتصاق مرهقانه .

٣ - أداء التعويض لصاحب المنشآت

١٠٩ - من صاحب المنشآت فى مبنى الأرض منى يستوفى التعويض

ومن صاحب الأرض فى نفسه برفع التعويض : رأينا فيما تقدم أن الأحكام العامة للاتصاق توجب على صاحب الأرض . عندما يملك بالاتصاق المنشآت التى أقامها أجنبي فى أرضه . دفع تعويض لصاحب المنشآت بخلاف باختلاف ما إذا كان من أقام المنشآت حسن النية أو سيئها . فهو إذا كان حسن النية . كان التعويض الذى يلتزم به صاحب الأرض أدنى القيمتين : قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت . وهذا ما لم يختار صاحب المنشآت نزع البناء من الأرض وإعادتها إلى أصلها . وهناك تعويض آخر فى هذا الفرض . فقد يختار صاحب الأرض تملك الأرض لصاحب المنشآت إذا كان التعويض المستحق عليه مرهقانه . وذلك فى مقابل تعويض عادل عن الأرض يكون الملتزم به فى هذه الحالة هو صاحب المنشآت نحو صاحب الأرض . وإذا كان من أقام المنشآت سيئ النية . كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت . وله أن يستأجر

ويتملكها بالالتصاق . ويكون التعويض المترتب به في هذه الحالة نحو صاحب المنشآت ذو أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة للإزالة أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

ولما كان التعويض يستحقه ، في أغلب هذه الأحوال . صاحب المنشآت قبل صاحب الأرض . وكان الأول هو الذي يخوز الأرض التي أقام عليها المنشآت . فمن حقه طبقا للقواعد العامة أن يخبس الأرض حتى يستوفي التعويض المستحق له . وقد يكون التعويض . في جميع الأحوال المتقدمة بما فيها حالة التعويض الذي يدفعه صاحب المنشآت لصاحب الأرض عند تملك الأرض لصاحب المنشآت . عبئا ثقيلا على المدين به . فأجاز له القانون تبسييرا عليه أن يطلب التقسيط في الوفاء بهذا التعويض .

ونبحث كلا من هذين الأمرين :

١١٠ - حبس صاحب المنشآت والمنشآت متى يستوفي التعويض :

هنا يجب أن نستبعد . كما قدمنا . حالة تملك الأرض لصاحب المنشآت فيما إذا كان هذا الأخير حسن النية وكان يرهق صاحب الأرض أن يدفع له التعويض المستحق عليه . ذلك لأن الأرض والمنشآت تكون في هذه الحالة في حيازة صاحب المنشآت ، فهو الحائز وهو في الوقت ذاته المدين بالتعويض . أما الدائن بالتعويض فهو صاحب الأرض ولا يخوز شيئا . فلا يتصور إذن إعطاؤه حق حبس المنشآت حتى يستوفي التعويض المستحق له .

ولما ثبت حق حبس المنشآت لمن أقامها . عندما يكون دائنا بالتعويض لصاحب الأرض على التفصيل الذي سبق أن بسطناه . فهو الحائز للأرض والمنشآت معا ، ويستطيع أن يخبس المنشآت . ومعها الأرض ضرورة . حتى يستوفي التعويض المستحق له . وهذا الحق في الحبس يثبت له بموجب القواعد العامة . وهي مقرر في المادة ٢٤٦ مدني إذ تقول : ١٠ - لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به . ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به . أو ما دام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ٢ - ويكون ذلك بوجه خاص للحائز الشيء أو محرز . إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة .

فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما يحق مستحق له . إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع وواضح أن صاحب المنشآت . بعد أن ملكها صاحب الأرض بالاتفاق . ملزم بأن يسلمها لصاحب الأرض . ولكن صاحب الأرض ملزم أيضا بأن يدفع لصاحب المنشآت التعويض المستحق له . وهذا الدين بالتعويض في ذمة صاحب الأرض مترتب على التزام صاحب المنشآت بتسليمها لصاحب الأرض ومرتبطة به . فتوافرت شروط الحبس . وجاز لصاحب المنشآت أن يحبسها عن صاحب الأرض وعن دائنيه وعن أى شخص آخر تنتقل إليه من صاحب الأرض ملكية المنشآت أو أى حق عيني عليها (١) . وذلك حتى يستوفى صاحب المنشآت التعويض المستحق له . وإذا كان لحائز الشيء الذى أنتق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبه حتى يستوفى ما هو مستحق له بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ مدنى سائلة الذكر . فأولى أن يثبت حق الحبس لمن أنشأ الشيء إنشاء ولم يقتصر على إتفاق مصروفات نافعة عليه . حتى يستوفى ما هو مستحق له (٢) . وما دام قد ثبت لصاحب المنشآت حق حبسها على النحو الذى ذكرناه . فإن الأحكام العامة للحق في الحبس تسرى . وقد سبق تفصيلها في الجزء الثانى من الوسيط (٣) . وينتهى الحق في الحبس إذا قدم صاحب الأرض تأمينا كافيا للوفاء بالتعويض . أو قضى بأن يكون الوفاء بالتعويض على أقساط دورية بشرط أن يقدم صاحب الأرض الضمانات اللازمة (م ٩٢٧ و ٩٨٢ مدنى) كما سيجىء (٤) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٦٧٣ - فقرة ٦٧٤ .

(٢) ولا يمكن القول بأن التزام صاحب المنشآت بردها إلى صاحب الرد ناشئ عن عمل غير مشروع . ذلك أنه ناشئ عن تملك صاحب الأرض للمنشآت بالاتفاق نتيجة لإقامة هذه المنشآت في أرضه . وإقامة المنشآت في أرض الغير . ولو بسوء نية . لا يعتبر عملا غير مشروع في معنى المادة ٢٤٦ / ٢ مدنى . أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١١١ - شفيق شعانة فقرة ٢٣٦ ص ٢٤٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٦ - عبد المنعم فرج السدة فقرة ٢٦٩ ص ٣٩٥ - عكس ذلك عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٨ .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ٦٣٦ وما بعدها .

(٤) أنظر مايل فقرة ١١١ - ولا يوجد في القانون الفرنسى نص عام في الحبس . كما وجد هذا النص في التقنين المدنى المصرى الجديد فيما رأيد . ويذهب القضاء الفرنسى إلى -

وليس لصاحب المنشآت حق امتياز عليها ، فإن الامتياز لا يثبت إلا بنص والنص غير موجود . ومجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه بصريح النص (م ١/٢٤٧ مدني) .

١١١ - من صاحب الأرض في تقسيط دفع التعويض - نص قانوني :
المادة ٩٢٧ مدني على ما يأتي :

« تسري أحكام المادة ٩٨٢ في أداء التعويض المنصوص عليه في المواد الثلاث السابقة » (١) .

= إعطاء الحق في الحبس للحائز حسن النية (نقض فرنسي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ٢٤١) دون الحائز سيئ النية (نقض فرنسي ١٣ يوليو سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٢١) .
ويؤيد هذا القضاء بعض الفقهاء (كسان في الدبع بعدم التنفيذ في العلاقات التبديلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ ص ٥٥٦ - بلابول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧١ ص ٢٦٨) . ولكن الغالب في الفقه الفرنسي هو التسوية ما بين الحائز حسن النية والحائز سيئ النية . وإعطاء الاثنين الحق في الحبس (بيدان في التأمينات العينية ١ فقرة ٢٥٠ - Ferron) في تعليقه في سيريه ١٩٠١ - ١ - ١٩٣) . أو إنكاره عليهما معاً (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة) .
أما في التقنين المدني المصري السابق ، فقد كان الرأي الغالب هو إعطاء الحق في الحبس للحائز سواء كان حسن النية أو سيئها ، قياساً على الحق في الحبس المطلق لمن أحدث تحسينات وفي العين بصريح نص هذا التقنين (م ٢/٦٠٥ مدني قديم) : أنظر استئناف مختلف ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٤ - ٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٥ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦٨ - محمد كامل مرسي في مجلة القانون والاقتصاد ٨ فقرة ٦١ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٦ ص ٧٩ ونعته في مجلة المحاماة ٢٢ ص ٥٦٧ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥) .

ولا مقابل لنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٣١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقصرية اللبناني لا مقابل .

والمواد الثلاث السابقة هي المواد ٩٢٤ - ٩٢٦ مدنى . وهي فيما يتعلق بالتعويض تعرض : (١) للتعويض الذى يستحقه صاحب المنشآت فى حالة ما إذا كان سىء النية . وهو أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت (م ٩٢٤ مدنى) . (٢) والتعويض الذى يستحقه صاحب المنشآت فى حالة ما إذا كان حسن النية أو كان قد بنى بترخيص من صاحب الأرض . وهو أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب المنشآت (م ١/٩٢٥ و ٩٢٦ مدنى) . (٣) والتعويض الذى يستحقه صاحب الأرض فى حالة ما إذا ملك الأرض لصاحب المنشآت حسن النية : حتى يتفادى تمتك المنشآت بالالتصاق فيكون التزامه بتعويض صاحبها رهقا لهم . وهو تعويض عادل يدفعه صاحب المنشآت لصاحب الأرض (م ٢/٩٢٥ مدنى) .

فقد يكون التعويض المستحق فى هذه الأحوال المختلفة مبلغا جسيما يعيى المدين به دفعه فورا وجملة واحدة . فقرر القانون أن يعامل المدين بهذا التعويض معاملة المالك المدين بتعويض الحائز عما أنفق من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة . تيسيرا له فى الوفاء بالتعويض المستحق . وهذا التيسير فى دفع التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة تضمنته المادة ٩٨٢ مدنى ، وقد أحالت المادة ٩٢٧ مدنى سائلة الذكر عليها . فتسرى إذن أحكام المادة ٩٨٢ مدنى على أداء التعويض المستحق بموجب أحكام الالتصاق . وتنص المادة ٩٨٢ مدنى هذه على أنه « يجوز للقاضى . بناء على طلب المالك . أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية . بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوصا منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » .

فللقاضى إذن : بناء على طلب المدين بالتعويض (صاحب الأرض أو صاحب المنشآت بحسب الأحوال) . أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بهذا التعويض . وله بوجه خاص أن يقسط هذا التعويض ، فيكون الوفاء

به على أقساط دورية في مواعيد يحددها القاضى . كما أن له أن يؤجل دفع التعويض فيدفعه المدين به جملة واحدة في ميعاد يحدده القاضى . وسواء قسط القاضى التعويض أو أجل دفعه ، فالواجب أن يقدم المدين بالتعويض الضمانات اللازمة للوفاء به في مواعيد الدورية أو عند حلول الأجل الذى حدده القاضى . فيقدم مثلاً رهناً أو كفالة عينية أو شخصية (١) . ويستطيع المدين بالتعويض ، إذا لم يجد سبيلاً لتقديم هذه الضمانات . أن يتحلل من الالتزام بتقديمها إذا هو وفى التعويض فوراً وجملة واحدة بعد خصم فوائدها بالسعر القانونى (٤٪) من يوم أن وفى بها إلى يوم استحقاقها وفقاً للمواعيد التى حددها القاضى . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى التزام المالك بتعويض الحائز عما أنفق من المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة (٢) .

§ ٤ - فروض وردت فيها أمطام خاصة غير أمطام الالتصاق :

١١٢ - فروض ما إذا بنى المستأجر فى العين المؤجرة : ورد فى هذا

الفرض نص خاص . ليس هو مجرد تطبيق لأحكام الالتصاق المتقدم ذكرها . بل يغير هذه الأحكام بعض المغايرة . ومن ثم يجب تطبيق هذا النص الخاص دون أحكام الالتصاق . فقد نصت المادة ٥٩٢ مدنى على أنه « ١ - إذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة بناء أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفق فى هذه التحسينات أو ما زاد فى قيمة العقار . ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ - فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها . وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتضى . ٣ - فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما . جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها . »

(١) وعلى ذلك لا يكون لصاحب المنشآت الحق فى حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق نه ، فقد أصبح هذا التعويض بالأجل الذى منحه القاضى غير حال الأداء . والحبس لا يكون إلا فى حق مستحق الأداء (عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٦٩ من ٣٩٥) .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٣٥٤ - فقرة ٣٥٩ .

ونبين هنا فيم تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق وفيم تختلف ، وهي على كل حال واجبة التطبيق في الفرض حتى نحن بصدد : اتفقت مع أحكام الالتصاق أو اختلفت معها .

ففي حالة ما إذا أحدث المستأجر البناء أو الغراس بعلم المؤجر ودون معارضته : وعلى المستأجر إثبات العلم وعلى المؤجر إثبات المعارضة ، وجب التسليم بأن المؤجر موافق على إقامة هذه المنشآت في العين المؤجرة موافقة ضمنية على الأقل ، إذ هو عالم بها ولم يعارض فيها . ومن ثم يكون المستأجر في وضع الحائز حسن النية . وقد قضى النص بأن يستبقى المؤجر البناء أو الغراس لأنه كان موافقا على إحداثه فلا يجوز له طلب إزالته : ويرد للمستأجر عند نهاية الإيجار أقل القيمتين . ما أنفقه في تلك التحسينات أو ما زاد في قيمة العين المؤجرة . وإلى هنا تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق . ولكن الحائز حسن النية في أحكام الالتصاق يجوز له . إذا أراد : نزع المنشآت مع إعادة العين إلى أصلها . أما المستأجر فلا يجوز له نزع المنشآت إذا أراد المؤجر استبقاءها .^(١) وكذلك يجوز في أحكام الالتصاق أن يطلب صاحب الأرض تملك الأرض لصاحب المنشآت في نظير تعويض عادل إذا كان

(١) ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن المؤجر قد رخص للمستأجر في أن يقيم على نفقته بناء فوق العين المؤجرة ، على أن يلتزم بموايد المباني التي تربط على هذا البناء المستجد ، وسكت الطرفان عن بيان معيار هذه المنشآت ، فإن ملكيتها تكون للمستأجر طوال مدة الإجارة ، ولا تقول إلى المؤجر إلا عند انتهاء عقد الإيجار . ذلك أن حق المؤجر بالنسبة إلى تلك المنشآت لا يتحدد إلا بالنظر إلى حالة العقار المؤجر في هذا الوقت ، وبحق للمستأجر أن يزيلها قبل انتهاء عقد الإيجار بشرط أن يعيد العين المؤجرة إلى حالتها الأصلية ، بينما يمتنع على المؤجر في هذا الفرض طلب إزالة هذه المنشآت - ولا يصح الاحتجاج بأن أحكام الالتصاق المقررة في القانون المدني تقضي باعتبار المؤجر مالكاً للبناء من وقت إنشائه ، إذ أن ترخيص المؤجر للمستأجر في إقامة البناء على نفقة هذا المستأجر مع التزام الأخير بدفع الضريبة العقارية على هذا البناء - وهي مما يلتزم به أصلاً المالك - دون اتفاق على معيار هذا البناء ، ذلك يتضمن قبول المؤجر تأجيل أعمال أحكام الالتصاق حتى ينتهي عقد الإيجار ، وهي أحكام لا تتعلق بالنظام العام ، ويجوز لذلك الاتفاق على تعديلها (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧٢ ص ١٢٥١ : ويلاحظ أن البناء قد أقيم في هذه القضية في وقت كان فيه التقنين المدني السابق هو المعمول به) .

التزامه بتعويض صاحب المنشآت فيما إذا استبقاها التزاما مرهقا له . أما المؤجر فلا يجوز له تملك العين المؤجرة للمستأجر إلا باتفاق خاص .

وفي حالة ما إذا أحدث المستأجر البناء أو الغراس دون علم المؤجر أو يعلمه ولكن رغم معارضته ، وجب القول إن المؤجر يكون غير موافق فعلا على ما أحدثه المستأجر إذا تم رغم معارضته . أو غير موافق عليه حكما إذا تم دون علمه . ومن ثم يكون المستأجر في وضع الحائز سىء النية ، وقد قضى النص بأن يكون للمؤجر طلب الإزالة ، وعلى المستأجر عندئذ أن يتزع ما أحدثه في العين المؤجرة وأن يعيد العين إلى أصلها ، وللمؤجر أن يطلب تعويضا عن الضرر الذي يصيب العين المؤجرة إن كان للتعويض مقتضى . وإلى هنا تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق^(١) . ويجوز للمؤجر كذلك أن يستبقى ما أحدثه المستأجر ، ولكن عليه أن يرد له أدنى القيمتين ، ما أنفقه المستأجر أو ما زاد في قيمة العقار . وهنا تختلف هذه الأحكام عن أحكام الالتصاق . فأحكام الالتصاق تقضى بأن يرد صاحب الأرض أدنى القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو ما زاد في قيمة الأرض . فقيمة المنشآت مستحقة الإزالة في أحكام الالتصاق يقابلها ما أنفقه المستأجر في أحكام الإيجار ، ولما كان الغالب أن يكون ما أنفقه المستأجر أكبر من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، فإن القانون يكون قد عامل المستأجر معاملة أفضل من معاملته للحائز سىء النية في أحكام الالتصاق^(٢) .

(١) ولكن ليس للمؤجر أن يطلب الإزالة إلا عند انقضاء الإيجار ، إذا كانت المباني التي أقامها المستأجر لم يترتب عليها ضرر للعين المؤجرة . وذلك لأن مصلحة المؤجر في طلب إزالتها لا تثور إلا عند انقضاء الإيجار ، حيث يلتزم المستأجر برد العين بالحالة التي تسلمها بها (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٨٨ ص ١٣٥٩) .

(٢) ومع ذلك يستطيع المؤجر ، من الناحية العملية ، أن يدفع للمستأجر مبلغا يقرب من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، وسيله إلى هذا أن يهدد المستأجر باستعماله حقه في طلب الإزالة والتعويض ، فيضطر المستأجر في كثير من الأحيان أن يقبل المبلغ الذي يعرضه عليه المؤجر (الوسيط ٦ فقرة ٢٣ ص ٦٢٦ هامش ١) .

أما في عهد التقنين المدني السابق ، فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع يحول ملك الأرض ، وفقاً لأحكام الالتصاق المنصوص عليها بالمادة ٦٥ من القانون المدني القديم ، الحق في تملك البناء الذي يقيمه الغير في أرضه دون رضاه مقابل دفع القيمة طبقاً لهذه المادة . وقضى بأن للمالك الخيار بين طلب إبقاء البناء وطلب إزالته على نفقة من أقامه مع تعويض الحسارة الناشئة عن فعله . وإذا لم يكن القانون المدني القديم ينص صراحة بتنظيم العلاقة بين المالك =

وفي جميع الأحوال . إذا احتفظ المؤجر بالمنشآت التي أقامها المستأجر ووجب عليه تعويضه على النحو سالف الذكر . جاز للمحكمة أن تنظر المؤجر إلى أجل للوفاء بالتعويض (م ٥٩٢/٣ مدني سالف الذكر) . ويجوز التوسع في تفسير هذا الحكم . بحيث يقال إن للمحكمة أيضاً أن تقسط التعويض على أقساط دورية ، وإن لما أن تلزم المؤجر بالضمانات اللازمة ، فتقرب أحكام الإيجار في هذا الصدد من أحكام الالتصاق كما هي مقررّة في المادتين ٩٢٧ و ٩٨٢ مدني (١) .

١١٣ - فرض ما إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه : وورد هنا أيضاً نص خاص . يغيّر مغايرة كبيرة الأحكام العامة في الالتصاق ، فيجب في هذا الفرض تطبيق هذا النص الخاص دون هذه الأحكام . فقد نصت المادة ٩٤٦ مدني على أنه « ١ - إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة . كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ - وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة . كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فإذا اختار أن يستبق البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » . ونرى من هذا النص أنه يفرق بين حالتين :

والمستأجر في هذا الشأن - كما ورد نص المادة ٩٩٢ من القانون المدني الحالي - فإن مؤدى الأحكام العامة للالتصاق الواردة بالقانون المدني المشار إليها فيما تقدم ، أن البناء الذي يقيم المستأجر من ماله الخاص دون إذن صريح أو ضمنى بانشائه من مالك الأرض لا يكون مكملاً لمصاحب هذه الأرض بفعل الالتصاق إذا عمل رخصته في الاختيار باظهار رغبته في الإزالة . فلا يلحق البناء بملكية الأرض ، وإنما يبقى مستقلاً عنها ملكاً خالصاً لمن أقامه مدة بقائه . فإذا كان المؤجر قد أظهر رغبته في إزالة المباني ، فإنها تبقى مملوكة للمستأجر حتى يقوم بإزالتها في أثناء مدة الإيجار أو بعد انتهائها ، ولا يكون للمؤجر حق المصلحة بأجرة عنها (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٨٩ ص ١٣٧٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١١ - وانظر فيما تكتون له ملكية المبنى والغراس في أثناء الإيجار الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ - وانظر في تفصيل ما قد ساء الوسيط ٦ فقرة ٤٣٠ - فقرة ٤٣٣ - وفارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٩ .

(الحالة الأولى) حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، وهنا يمكن اعتبار المشتري في وضع الحائز حسن النية . ولكن الأحكام التي تسرى عليه تغاير أحكام الالتصاق ، فإنه يكون مخيرا ، إذا ترك البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه يملكه الشفيع . بين أن يتقاضى من الشفيع المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار . ويبدو أن للمشتري ، بدلا من ترك البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه وتقاضى أكبر القيمتين المتقدمتين الذكر ، الحق في نزع البناء أو الغراس من العقار على أن يعيد العقار إلى أصله ، إذ لا يوجد لا في النصوص ولا في المبادئ العامة ما يحول دون ذلك ، فضلا عن أن الحكم لا شك في عدالته (١) . ويتبين من الأحكام سالفة الذكر مغايرة كبيرة بينها وبين أحكام الالتصاق في حالة الحائز حسن النية . ذلك أن الحائز حسن النية ، إذا لم يتزع المنشآت من الأرض ويعيد الأرض إلى أصلها ، يبقى هذه المنشآت في الأرض ويملكها صاحب الأرض بالالتصاق . على أن يدفع لصاحب المنشآت أقل القيمتين ، المبلغ الذي أنفقه الحائز في إقامة المنشآت أو ما زاد في قيمة العقار . أما هنا فالمشتري الذي أقام المنشآت - لا الشفيع الذي يعتبر في وضع صاحب الأرض لأنه يصبح بالشفعة صاحب العقار المشفوع فيه - هو الذي يختار ، إذا لم يتزع المنشآت من العقار المشفوع فيه ، بين أكبر القيمتين (لا بين أقل القيمتين كما هو الأمر في أحكام الالتصاق) ، المبلغ الذي أنفقه المشتري في إقامة المنشآت أو ما زاد في قيمة العقار . وهذا فرق جوهري ما بين أحكام الشفعة وأحكام الالتصاق ، إذ المشتري يعامل معاملة أفضل من معاملة الحائز . ويبرر ذلك أن المشتري إنما يقيم المنشآت في ملكه ، ولم يكن عليه قبل إعلانه برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة أن يحسب حساب هذه الرغبة عند إقامة المنشآت . وفرق آخر ما بين أحكام الشفعة وأحكام الالتصاق ، هو أن الشفيع لا يجوز له تمليك العقار المشفوع فيه للمشتري حتى لو كان التعويض المستحق عليه مبرهقا له وكان أمامه أن يتنادى هذا الإرهاق

(١) قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٣ ص ٩٦ .

بتركه الأخذ بالشفعة . في حين أن صاحب الأرض له دنا الحق بالنسبة إلى الجائر حسن النية كما سبق القول .

(الحالة الثانية) حالة ما إذا سى المشتري أو غرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، وهنا يمكن اعتبار المشتري في وضع الجائر سىء النية . ويجوز للشفيع طلب الإزالة ، وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتضى ، وإلى هنا تنق أحكام الشفعة مع أحكام الالتصاق . فإذا اختار الشفيع أن يستبقى البناء أو الغراس ، أخذه بقيمة ما أنقذه المشتري فيه . وهنا تختلف أحكام الشفعة عن أحكام الالتصاق اختلافاً بينا . فإن صاحب الأرض في أحكام الالتصاق إذا استبقى المنشآت أخذها بأقل القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة زيادة العقار المشفوع فيه بسبب هذه المنشآت .

وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الشفعة ورجوع المشتري على الشفيع بسبب ما أقامه من بناء أو غراس في العقار المشفوع فيه (١) .

١١٤ .. فرض ما إذا بنى المحتكر في الأرض المحكرة : وقد ورد نص خاص في هذا الفرض أيضاً تختلف أحكامه قليلاً عن أحكام الالتصاق . فيعمل بأحكام النص الخاص دون أحكام الالتصاق . إذ نصت المادة ١٠١٠ مدني على أنه « ١ - عند فسخ العقد أو إنهائه . يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحق الإزالة أو البقاء ، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره . ٢ - وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال . وفي هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته » .

وهنا عامل القانون المحكر بمعاملة الجائر سىء النية : لأنه وهو يبنى أو يغرس في الأرض المحكرة يعلم أن الأرض مملوكة لغيره . وأعطى للمحكر صاحب الأرض الحق في طلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها ، وهنا تنفق أحكام المحكر مع أحكام الالتصاق . فإذا اختار المحكر استبقاء البناء أو الغراس ، تملكه بأدنى القيمتين ، قيمته مستحق الإزالة أو قيمته

مستحق البناء . وله أن يطلب مهلة في الدفع ، مع تقديم كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته . وفي هذا كله أيضا تنفذ أحكام المحكر مع أحكام الالتصاق ، فتكون أحكام المحكر في مجموعها منفعة مع أحكام الالتصاق . إلا أنه مع ذلك يوجد فرق ما بين أحكام المحكر وأحكام الالتصاق . في أحكام الالتصاق . في حالة الحائز سىء النية : لا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة إلا في ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت . أما في المحكر فلم ينص القانون على ميعاد محدد يطلب فيه المحكر الإزالة ، ومن ثم يجوز له طلب الإزالة في أى وقت شاء (١) .

§ ٥ - فروض تستبعد أصغر من نطاق أحكام الالتصاق

١١٥ - فرض ما إذا بنى المالك في السبوع في الأرض الشائعة :

إذا أقام أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل قسمتها ، فإن أحكام الالتصاق هنا لا تسرى ، ويجب استبعاد هذا الفرض أصلا من نطاق تطبيقها . وأحكام الشيوع هي التي تسرى في هذا الفرض ، إذ تعتبر إقامة الشريك بناء في جزء مفرز من الأرض الشائعة عملا من أعمال الإدارة غير المعتادة (٢) . فيجب تطبيق أحكام الإدارة غير المعتادة في المال الشائع .

ومقتضى تطبيق أحكام الإدارة غير المعتادة في المال الشائع أن بناء الشريك يقتضى موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة ويدخل فيهم الشريك البانى نفسه . أو في القليل إقرار هذه الأغلبية الخاصة لعمل الشريك البانى بعد أن يتم البناء . فإذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء ولم تقره بعد إقامته . جاز إجبار الشريك البانى على إزالة البناء ودفع تعويض لساير الشركاء عما عسى أن تكون إزالة هذا البناء قد ألحقت بالأرض من ضرر . أما إذا وافقت الأغلبية الخاصة على البناء قبل إقامته . أو أقرته بعد إقامته ،

(١) أنظر في تفصيل تسوية حساب البناء أو الغراس عند انتهاء المحكر الوسيط ٦ فقرة

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٠٠ :

فإن جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء كل بنسبة حصته في الأرض الشائعة (١)

١١٦ - فرض ما إذا بنى الفضولي أو الوكيل في أرض رب العمل

أو الموكل : ويقع أن يقوم فضولي بالبناء في أرض رب العمل ، ويكون هذا البناء أمراً عاجلاً فتتحقق شروط الفضالة . وفي هذه الحالة لا يعتبر الفضولي بانياً في أرض الغير . ولا تسري أحكام الالتصاق . بل يجب استبعاد هذا الفرض أصلاً من نطاق تطبيق أحكام الالتصاق ، وتطبيق أحكام الفضالة . فيجب على رب العمل أن يرد للفضولي المنفقات التي صرفها في البناء مضافاً إليها فوائد لها من يوم دفعها ، وأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه . وأن يعرضه عن التعهدات التي انتم بها

(١) أما في التقنين المدني السابق ، حيث لم يكن هناك نظم تشريعي لإدارة المال الشائع إدارة معتادة وإدارة غير معتادة . فإن محكمة النقض أنضمت على الشريك الباني من هذه النتيجة القاسية ، ولم يكن القانون يبرئ له وسيلة يلجأ إليها إلا إجماع الشركاء وهو أمر متعذر ، فقضت بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة . ولذلك فإنه إذا تمكن أحدهم من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك فإنه لا يعد بانياً في ملك غيره . ومن ثم فإن المادة ٦٥ من القانون المدني (السابق) لا تكون منطبقة على حالته لتعلقها بعلم البناء في ملك الغير . ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية في الشيوع في الجزء الذي حصل فيه البناء ، فإن كل ماله هو أن يطالب من أقدم البناء بقسمة العقار المملوك له على الشيوع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة ص ٢ رقم ٢٤ ص ٥٥) . وقد سبق أن بحثنا هذه المسألة عند بحث الملكية في الشيوع ، فتحيل إلى ما قدمناه في هذا الصدد وإلى المراجع والأحكام التي أشرنا إليها (الوسيط ٨ فقرة ٥٠٢) .

أما التقنين المدني السوري وقانون الملكية العقارية اللبناني ، فقد قضى كل منهما بوجوب انتظار القسمة ، فإن لم يخرج الجزء المبني في حصة الباني ، اعتبر بانياً في أرض غيره وهو حسن النية وتطبق عليه أحكام الالتصاق ، وهذا هو ما كانت محكمة النقض المصرية تقضي به في عهد التقنين المدني السابق فيما رأينا . وقد نصت المادة ٨٩٢ مدني سوري في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الأغراس والأبنية قد غرسها أو شيدها على عقار مشترك أحد الشركاء في هذا العقار بدون رخصة شركائه الآخرين ، فتجري قسمة العقار عند الاقتضاء على يد القاضي ، ثم يطبق على كل حصة من الحصص أحكام المادة ٨٨٩ (أحكام الالتصاق في حالة الباني بحسن نية) » . وانظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني . أما التقنين المدني العراقي فقد نصت المادة ١١٢٣ منه على أنه « إذا بنى أحد أصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك المقابل للقسمة بدون إذن الآخرين ، ثم طلب الآخرون القسمة ، فتقسم . فإذا أصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه ، وإن أصاب حصة الآخر فله أن يكلف الباني بإلغائه » .

في أثناء قيامه بالبناء . وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بهذا العمل (م ١٩٥ مدني) .

وقد يوكل شخص شخصا آخر في إدارة أعماله . ويكون من الأعمال التي يقوم بها الوكيل تنفيذًا لو كالاته إقامة بناء في أرض الموكل . فيجب هنا أيضا عدم اعتبار الوكيل بانيا في أرض غيره . بل يجب استبعاد هذا الفرض أصلا من نطاق تطبيق أحكام الالتصاق . وأحكام الوكالة هي التي يجب تطبيقها في هذا الفرض . فيلتزم الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقه في إقامة البناء مع الفوائد من وقت الانفاق ، وإذا طلب الوكيل مبالغ للإنفاق منها في شؤون البناء وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ (م ٧١٠ مدني) (١) .

§ ٦ . فروض تمتنى من أحكام الالتصاق

١١٧ - فرض ما إذا جاز الباني بحسن نية على جزء صغير من الأرض

الملاصقة - نص قانوني : تنص المادة ٩٢٨ مدني على ما يأتي :

« إذا كان ما لك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جاز بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة . جاز للمحكمة إذا رأيت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجارده عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظير تعويض عادل » (٢) .

(١) أنظر هذه المسألة في القانون الفرنسي وتتردد القضاء الفرنسي : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٥ - ص ٣٢٧) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن القضاء المصري كان يحرى على هذا المبدأ تطبيقاً لقواعد العدالة : استئناف مخطوط ٨ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٨ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٠٤ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١١ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٥ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٤ - المطارين ٢٧ مايو سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٥٩ ص ١٢٥ . ولم

ويفرض هذا النص أن أرضاً بنى عليها ، كنهها ، وفي أثناء البناء جاوز ، دون أن ينتبه لذلك . حدود ملكه إلى جزء صغير من الأرض الملاصقة لأرضه ، فامتد البناء إلى هذا الجزء الصغير . وقد يكون ذلك . كما هو الغالب ، لعدم ظهور الحدود وأبنائها ما بين الجيران . وهذا فرض يدخل في نطاق أحكام الالتصاق . فالباقي قد بنى بحسن نية في هذا الجزء الصغير الملاصق لأرضه . فيكون قد بنى في ملك غيره . وكان مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق في هذا الفرض أن يملك الجار الملاصق الجزء من البناء المقام على هذا الجزء الصغير من أرضه بالالتصاق ، وذلك بأدنى القسيتين . قيمة ما أنفقه الباقي في هذا الجزء من البناء وقيمة ما زاد في الجزء الصغير الملاصق بسبب البناء . وكلا القيمتين توافه إزاء التضحية التي يتحملها الباقي من أن يكون جزء لا يتجزأ من بنائه مما وكاله الجار بالالتصاق . وإذا جاز للباقي وهو حسن النية أن يترع البناء من الجزء الملاصق . فإن تضحيته تكون تضحية أكبر . وإذا جاز للجار الملاصق أن يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء ، فإن هذا هو حق لجار الملاصق لا التزام عليه . ولا يستطيع الباقي أن يجبره على استعماله . والحل العادل في هذا الفرض هو جواز إجبار الجار الملاصق على أن ينزل عن ملكية هذا الجزء الصغير من أرضه المشغول بالبناء لجاره الباقي في نظير تعويض عادل . ولكن هذا الحل العادل يخالف أحكام الالتصاق كما رأينا ، ومع ذلك فقد كان القضاء المصري يجري عليه في عهد التقنين المدني السابق أخذاً بمقتضيات العدالة (١) . وكان ينقصه أن يستند إلى نص في ذلك يستثنى هذا الفرض من أحكام الالتصاق . ويجعل الحكم فيه هو هذا الحكم العادل .

وقد أوجد التقنين المدني الجديد هذا النص العادل . وهو المادة ٩٢٨

١- يمكن القضاء يستند إلى نص ، فقن التقنين المدني الجديد هذا القضاء العادل .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٢ (مقابل) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) انظر أيضاً ص ٣١٦ هامش ٢ .

مدنى سالفة الذكر (١) . ويجب لتطبيقها توافر شرطين : (١) أن يكون الباني إنما يبنى أصلاً في أرضه ، وقد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق . (٢) أن تكون هذه المجاوزة من الباني قد وقعت بحسن نية (٢) .

فاذا توافر هذان الشرطان ، جاز للقاضي ألا يجرى أحكام الالتصاق ، وأن يستثنى هذا الفرض من هذه الأحكام . وبدلاً من أن يملك الجزء من البناء لصاحب الجزء الصغير من الأرض الملاصقة ، يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء ، وذلك في نظير تعويض عادل يقدره الخبير عند الاقتضاء (٣) . ويلاحظ أن هذا أمر جوازي للقاضي وخاضع لتقديره ،

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « واستثناء من الأحكام المتقدمة ، إذا جار الباني بحسن نية على أرض الجار ، وكان يبنى في أرضه فجاوزها إلى جزء صغير ملاصق له من أرض جاره ، وبني بناء ضمناً لوطبقت عليه الأحكام المتقدمة لأصبح جزء من هذا البناء الضخم ملكاً للجار ، لحاز الباني أن يجبر الجار على أن ينزل له عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل ... وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ دون أن يستند إلى نص ، فتن المشروع هذا القضاء العادل ، ودعمه بالنص الذى ينقصه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٢) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٢ - أما إذا كان الباني قد بنى بسوء نية بأن كان متنبهاً لمجاوزته حدود أرضه ، وبخاصة إذا فيه الجار إلى ذلك فلم يأبه لهذا التنبيه ، فإنه يجب تطبيق أحكام الالتصاق المتعلقة بالباني سىء النية . ويكون للجار الملاصق طلب إزالة البناء الذى يشغل أرضه ، أو تملكه بأدى القيمتين ، قيمته مستحق الهدم أو قيمة ما زاد في أرضه بسبب هذا البناء (نقض فرنسى ٢٦ يولييه سنة ١٨٤٢ دالور ٤٢ - ١ - ٣٠٦ محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٥ ص ٤٠٠) .

(٣) ويعتد في هذا التعويض ، لافحسب بقيمة الجزء من الأرض المشغول بالبناء ، بل أيضاً بما أصاب صاحب الأرض الملاصقة من الضرر بسبب حرمانه من هذا الجزء (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٣ ص ٢٨٣) .

ولما كان هذا الحكم حكماً استثنائياً ، فإنه لا يجوز التوسع في تفسيره ، ويترتب على ذلك ما يأتي : (أ) لا يجوز تملك الباني إلا الجزء الصغير الملاصق للبناء والمشغول به دون زيادة . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم الاقتصار على تملك هذا الجزء من الأرض الذى يشغله البناء ، بل يمتد التملك مسافة متر حول البناء من الخط الخارجى لكل مظل مفتوح في البناء حتى يتفادى الباني الحكم بسد المظل (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١١) . وهذا الحكم منتقد ، حتى في عهد التقنين المدنى الجديد الذى أوجد اسند التشريعى للسنة التى نحن بصدها ولم يكن هذا السند موجوداً في التقنين المدنى السابق الذى صدر في عهده =

فاذا رأى من ظروف القضية ومن حسن نية الباني ومن صغر الجزء من الأرض الملاصقة المشغول بالبناء ما يشفع في الأخذ بهذا الحكم الذي يخرج فيه على أحكام الالتصاق ، جاز له أن يستثنى هذا الفرض ، وبدلاً من أن يخضعه لأحكام الالتصاق يخضعه لهذا الحكم العادل (١) .

١١٨ - المنشآت الصغيرة القائمة على أرض الغير لا على - بيل

الدوام - نص قانوني : تنص المادة ٩٢٩ مدني على ما يأتي :

« المنشآت الصغيرة ، كالأكشاك والحوانيت والمآوى التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصوداً بقاءها على الدوام . تكون ملكاً لمن أقامها » (٢) .

وهذا استثناء آخر من أحكام الالتصاق ، اقتبس من المادة ٦٧٧ مدني سويسري . فان الأصل أن المنشآت ، كبيرة كانت أو صغيرة . متى اندمجت

- هذا الحكم . ويمكن تملك الباني الجزء المشغول بالبناء على خلاف القواعد العامة في الالتصاق ، ولا مسوع لإبقاء المثل مفتوحاً على ملك الجار بل يجب سده (أنظر في هذا المعنى محمد على عرفه ٢ فقرة ٥٥ ص ١٠١ هامش ١) . (ب) لا يجوز الحكم بتقسيم أو تأجيل التمييز المستحق في ذمة الباني لصاحب الجزء الملاصق ، فان هذا تيسير مقصور على الحالات الواردة في نصوص خاصة (م ٩٢٤-٩٢٦ مدني) ، وليست هذه الحالة المتصوص عليها في المادة ٩٢٧ مدني من بينها . (١) أنظر هذه المسألة في القانون الفرنسي واضطراب القضاء فيها لانعدام النص :

نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٢ سيري ١٩١٣ - ١ - ٢٩٨ - ٢ مارس سنة ١٩٢٥ سيري ١٩٢٥ - ١ - ٢٠٣ - بودري وشوتو فقرة ٣٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٩٧٨ - مارتى ورينو فقرة ١٣٤ مكررة ص ١٤٩ - ص ١٥٠ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ construction فقرة ٨٤ - فقرة ٨٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٧ ص ٣٢٨) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٣ (مطبق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية أممّارية الباني لا مقابل .

في الأرض ، تملكها صاحب الأرض بالاتصاق على التفصيل الذي قدمناه .
ولكن القانون استثنى في هذا النرض المنشآت الصغيرة التي تقام مؤقتا على
أرض الغير ، دون أن يقصد بقاؤها فيها على الدوام . وذلك كالأكشاك
الحشوية والدكاكين الصغيرة والعشش والاستراحات الموقفة وأكشاك
الاستحمام التي لها أساس ثابت في الأرض وغير ذلك من المآوى . فهذه
ليست فحسب منشآت صغيرة ، بل هي أيضا منشآت موقفة لم يقمها صاحبها
على أرض الغير على سبيل الدوام . وكان مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق
أن صاحب الأرض يملكها بالاتصاق ، على أن يدفع تعويضا لأصحابها
يختلف باختلاف الأحوال .

ولكن استثناء من أحكام الالتصاق ، ونظرا لقيمة هذه المنشآت
وبالأخص لأنها منشآت موقفة لم يقصد من إقامتها أن تبقى على سبيل الدوام ،
قضت المادة ٩٢٩ مدني سالفه الذكر بأن صاحب الأرض لا يملكها
بالاتصاق . بل تبقى ملكا لمن أقامها . ويستوى في ذلك أن يكون من أقام
هذه المنشآت جهن النية يعتقد أن له الحق في إقامتها في أرض الغير ، أو كان
سعى النية يعلم أن الأرض مملوكة للغير وألا حق له في إقامة المنشآت عليها .
ويترتب على ذلك أن صاحب هذه المنشآت يستطيع تزعمها من الأرض
حتى لو كان سعى النية ، بشرط أن يعيد الأرض إلى أصلها وأن يعرض
صاحب الأرض عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر . ويترتب على
ذلك أيضا أن صاحب الأرض يستطيع أن يطلب إزالتها حتى لو كان صاحبها
حسن النية (١) ، ما دام لم يتفق معه على إقامتها أو لم يحدد الاتفاق مصير
المنشآت .

وتبقى المنشآت قائمة على الأرض ومملوكة لمن أقامها . حتى يترعها
هذا الأخير أو يطلب إزالتها صاحب الأرض . وذلك ما لم يتفق صاحب
الأرض وصاحب المنشآت على أمر آخر . كأن يتفقا على أن تبقى المنشآت
في الأرض لمدة معينة في نظير أجره عن الأرض يدفعها صاحب المنشآت .

(١) مع العوض إن توافرت شروط المسئولة الخسرية ، وثبت خطأ في جانب
صاحب المنشآت .

أو يتفقا على تملك صاحب الأرض للمنشآت أو صاحب المنشآت للأرض في نظير مبلغ معين ، أو يتفقا على أي أمر آخر (١) .

المطلب الثالث

الصورة الثالثة - الباني بني في أرض غيره وبأدوات غيره

١١٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٠ مدني على ما يأتي :

« إذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره ، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها . وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبي ، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت » (٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني الوطني السابق المادة ٦٦ (٣) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٩١ . وفي التقنين المدني الليبي م ٩٣٤ - وفي التقنين العراقي م ١١٢٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٨ (٤) .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا تنطبق الأحكام المنقذة (أحكام الالتصاق) على الأكشاك والخوابيت والمآوى التي تقام على أرض الغير ولم يكن مقصوداً بقاؤها على الدوام ، فهذه لا تخضع بالالتصاق بل تترك لمالكها ، ويكلف هذا إذا كان متديلاً بالإزالة والتعويض (م ٣٦٤) من المشروع وهي مأخوذة من المادة ٦٧٧ من التقنين السويسرى (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٣٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٠ (مجموعة الأعمال ٦ ص ٣٢٩ - ص ٣٣٣) .

(٣) التقنين المدني الوطني السابق م ٦٦ : إذا حصل ابتناء أو الغراس أو غير ذلك من شخص في أرض غيره بمهمات وأدوات كانت ملكاً لغيره أيضاً ، فلا يجوز لصاحب المهمات والأدوات المذكورة أن يطلب ردها إليه ، بل له الحق في أخذ تعويض من ذلك الناس أو الباني : أو من صاحب الأرض على قدر ما يكون مطلوباً منه . (وأحكام التقنين المدني السابق تنفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩١ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية لبناني م ٢١٨ (موافق) .

وهذه هي الصورة الثالثة من صور الالتصاق الصناعي ، وفيها يقيم الباني منشآت في أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث . فيكون أماننا أشخاص ثلاثة : صاحب المواد التي أقام بها الباني المنشآت ، والباني الذي أقام المنشآت ، وصاحب الأرض التي أقيمت فيها المنشآت . وعلينا إذن أن نحدد : (١) علاقة صاحب المواد بالباني . (٢) علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض . (٣) علاقة الباني بصاحب الأرض .

١٢٠ - **علاقة صاحب المواد بالباني** : لما كانت المواد منقولة ، فمن الجائز أن يكون الباني قد حازها بحسن نية وبسبب صحيح ، فيكون قد تملكها بالحيازة . فإذا أقام بها منشآت في أرض غيره ، يكون قد أقام هذه المنشآت بمواد مملوكة له في أرض الغير . ولا رجوع لصاحب المواد السابق عليه بشيء ، وتكون العلاقة بينه وبين صاحب الأرض محكومة بالقواعد التي فصلناها في الصورة الثانية من صور الالتصاق الصناعي في المطلب السابق .

أما إذا كان الباني لم يملك المواد بالحيازة ، بل أقام بها المنشآت وهي غير مملوكة له . فقد يكون بني في أرض غيره (١) وهو سيء النية فأجبر على نزعها من الأرض ، أو بني وهو حسن النية واختار هو أن يترعها من الأرض . وفي الحالتين ، ما دامت المواد قد نزلت من الأرض ولم يملكها صاحب الأرض بالالتصاق ، فانه يبدو أن صاحب المواد يستطيع استردادها من الباني ما دامت قد احتفظت بذاتيها . لأن صاحب الأرض لم يملكها بالالتصاق ولم تنتقل ملكيتها إلى الباني بسبب من أسباب انتقال الملك فبقيت على ملك صاحبها . ويكون أيضا لهذا الأخير أن يرجع على الباني بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر (٢) .

(١) أما إذا كان الباني قد بني بمواد غيره في أرض هذا الغير بالذات ، فالأمر واضح . ذلك أن المواد والأرض مملوكة لشخص واحد ، فيملك هذا الشخص المنشآت التي أقيمت في أرضه بمواد مملوكة له دون حاجة إلى الاستناد إلى قواعد الالتصاق ، ويرجع عليه الباني بدعوى الإثراء بلا سبب .

(٢) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٩ - ص ٢٥٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٦٤ - إسماعيل غانم

ص ٦٤ - عبد المنعم فرج العدة فقرة ٢٧٠ .

وإذا كان صاحب الأرض قد تملك المواد بالالتصاق ، فإن لصاحب المواد أن يرجع على الباني بالتعويض لأنه قد تسبب في أن تضع عليه ملكية مواده . فيرجع بقيمة هذه المواد وقت إقامة المنشآت بها . وبالتعويض عما قد يكون أصابه من ضرر بسبب فقدته للملكية المواد .

١٢١ - معرفة صاحب المواد بصاحب الأرض : إذا تملك صاحب الأرض المواد بالالتصاق ، فإن ملكية هذه المواد تنقل من صاحبها إلى صاحب الأرض بسبب من تسبب كسب الملكية من هذا الالتصاق بالذات . وليس لصاحب الأرض في الأصل مسئولاً نحو صاحب المواد ، وإنما هو مسئول نحو الباني بالتعويض الذي قد تسبب به تقدم . ولما كان لصاحب الأرض مدينة للباني ، وكان الباني بدوره لصاحب المواد في الرجوع إلى أسلفائه (١) ، فإنه يجوز لصاحب المواد أن يرجع على صاحب الأرض بالدعوى غير المباشرة باعتباره دائناً لدائنه .

ولكن القانون أعطى لصاحب المواد فوق ذلك دعوى مباشرة على صاحب الأرض ، إذ تقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٢٠ مدني كما رأينا : « كما له (لصاحب المواد) أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة هذه المنشآت » . ذلك أن الثاني إذا كان قد بنى وهو سيء النية ولم يطلب صاحب الأرض الإزالة . يعني صاحب الأرض أن يدفع للباني أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . وإذا كان الباني قد بنى زرع حسن النية . ولم يطلب نزع المنشآت من الأرض . فعلى صاحب الأرض أن يدفع للباني أدنى القيمتين ؛ قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . ونرى من ذلك أن صاحب الأرض ، في الحالتين ، إذا تملك المنشآت بالالتصاق ، عليه أن يدفع تعويضاً للباني بمقدار حدده القانون على النحو سالف الذكر . وعلى صاحب الأرض أن يدفع هذا التعويض للباني ، فإذا دفعه كله أو بعضه دون أن يعلم بحق صاحب المواد قبل الباني ، فقد

برئت ذمته من هذا التعويض بمقداره ما دفع . أما إذا أنذر صاحب المواد صاحب الأرض بماله من حق التعويض في ذمة الباني على النحو الذي قدمناه (١) ، فإنه يجب على صاحب الأرض أن يستبقى في يده التعويض المستحق للباني قبله أو الباقي من هذا التعويض . ويكون لصاحب المواد الحق في الرجوع على صاحب الأرض بدعوى مباشرة ، بالتعويض المستحق له قبل الباني في حدود التعويض المستحق للباني قبل صاحب الأرض أو بما هو باق في ذمته من هذا التعويض . فإذا دفع صاحب الأرض للباني التعويض المستحق له بالرغم من الإنذار الموجه إليه من صاحب المواد ، لم يسر هذا الدفع في حق صاحب المواد وكان لهذا الأخير أن يرجع على صاحب الأرض بما هو مستحق له في حدود الباقي في ذمة صاحب الأرض للباني وقت الإنذار . ولصاحب الأرض أن يرجع على الباني بما أجبر على دفعه لصاحب المواد على النحو المتقدم الذكر .

ويبرر إعطاء القانون لصاحب المواد هذه الدعوى المباشرة على صاحب الأرض أن المنفعة التي قدمها صاحب المواد بمواده كانت هي السبب في حق التعويض الذي وجد في ذمة صاحب الأرض للباني . وتقوم الدعوى المباشرة على نص صريح ، يرجع إلى أن الدائن الذي ثبتت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقا في ذمة مدين المدين ، بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها (٢) . وهنا توجد منفعة قدمها صاحب المواد كما سبق القول ، كما يوجد النص الصريح في العبارة الأخيرة من المادة ٩٣٠ مدني سائلة الذكر .

١٢٢ - عرق الباني بصاحب الأرضه : أما علاقة الباني بصاحب

الأرض فواضحة مما قدمناه في الصورة الثانية من صور الالتصاق الصناعي . فالباني إما أن يكون سيء النية ، أو حسن النية .

فإن كان سيء النية ، كان لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها مع التعويض . وعند ما يزيل الباني المواد من الأرض ،

(١) انظر آتفا فقرة ١٢٠ .

(٢) انظر الرصيد ٢ - فقرة ٥٦٢ - فقرة ٥٦٣ .

يجوز كما قدمنا (١) أن يسردها صاحبها منه . وإذا لم يطالب صاحب الأرض بالإزالة ، تملك المنشآت بالتصاق . ووجب عليه أن يدفع للباني أدنى القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . وفي حدود هذا التعويض يستطيع صاحب المواد أن يرجع بدعوى مباشرة على صاحب الأرض لتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل الباني (٢)

وإن كان الباني حسن النية . كان له أن ينزع المواد من الأرض مع إعادة الأرض إلى أصلها . وعندما ينزع الباني المواد من الأرض ، يجوز هنا أيضا كما قدمنا (٣) أن يسردها صاحبها منه . وإذا لم ينزع الباني المواد من الأرض ، تملك صاحب الأرض المنشآت بالتصاق ، على أن يدفع للباني أدنى القيمتين ، قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . وهنا أيضا يستطيع صاحب المواد أن يرجع في حدود هذا التعويض بدعوى مباشرة على صاحب الأرض . لتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل الباني (٤) . ويلاحظ أخيرا أنه إذا كان التزام صاحب الأرض بتعويض الباني على النحو سالف الذكر مرقعا له ، كان له أن يملك الأرض للباني في نظير تعويض عادل طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن (٥) .

المبحث الثالث

التصاق المنقول بالمنقول

١٢٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣١ مدني على ما يأتي :

« إذا التصق منقولان للمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٢١ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٢١ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦٧/ ٩٢ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٨٩٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٣٥ - وفي التقنين المدني العراقي

م ١١٢٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

وهذه هي الحالة الثالثة من أحوال الالتصاق . ففي الحالتين الأولين

كان الالتصاق بعقار ، وكان إما التصاقاً طبيعياً في الحالة الأولى ، أو التصاقاً

صناعياً في الحالة الثانية . أما في هذه الحالة الثالثة ، فالالتصاق هو التصاق

منقول بمنقول ، وهو قليل الوقوع في العمل ، وإذا وقع فأهميته محدودة .

ولذلك لم يفرد له التقنين المدني إلا نصاً واحداً وكل فيه الأمر للقاضي .

وقد اقتنى في ذلك أثر التقنين المدني السابق . ويستوى في هذا الالتصاق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٦ من المشروع التمهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٣ في

المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٠ ، لمجلس الشيوخ تحت رقم

٩٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٤ - ص ٢٣٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٩٢/ ٦٧ : إذا اختلط أو التصق شيئان من المنقولات كل

واحد منهما بملوك لشخص بحيث لا يمكن تفريق أحدهما عن الآخر بدون حصول تلف لهما ،

فلمحاكم أن تنظر في ذلك بمقتضى أصول العدالة ، مع مراعاة الضرر الذي يحدث ومراعاة

أحوال المالكين واعتقاد كل منهما عند الاختلاط أو الالتصاق . (والتقنين المدني السابق يتفق

مع التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٥ : إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث

لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، وكان الالتصاق

قضاء وقدرأ ، تملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته . (وبخلاف التقنين

العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين العراقي يشترط أن يكون الالتصاق قضاء وقدرأ ،

ويقضى حتماً بأن يملك صاحب المنقول الأكبر قيمة المنقول الآخر بقيمته) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

أن يكون قد وقع عمداً أو بقوة قاهرة ، كما يستوى أن يكون أحداً للمالكين أو كلاهما حسن النية أو سيء النية . والمهم أن تتوافر شروط التصاق المنقول بالمنقول ، فإذا ما توافرت ترتب على ذلك أحكام مردها جميعاً إلى تقدير القاضي .

١٢٤- شروط التصاق المنقول بالمنقول : يجب توافر شروط أربعة :

أولاً - أن يتم الالتصاق بين منقول ومنقول . أما إذا تم التصاق منقول بعقار ، فقد ميزنا فيما تقدم بين الالتصاق الطبيعي والالتصاق الصناعي ، واستعرضنا صور كل من هاتين الحالتين ، وبسطنا الأحكام المتعلقة بكل من هذه الصور .

ثانياً - أن يكون المنقولان مملوكين للمالكين المختلفين . أما إذا اتحد المالك ، فلا يكون هناك مجال لإعمال أحكام الالتصاق . إذ يكون المنقولان الملتصقان في حالتهما الجديدة مملوكين لنفس المالك الواحد الذي كان يملك كلا منهما .

ثالثاً - أن يندمج المنقولان أحدهما في الآخر بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف يصيب أحدهما أو كليهما . وهذا هو الذي يبرر إعمال قواعد الالتصاق ، لأن المنقولين يصبحان على هذا النحو منقولا واحداً ، فلا بد من تعيين أى من المالكين المختلفين يكون هو المالك لهذا المنقول الجديد . أما إذا أمكن الفصل ، فلا يكون هناك حاجة لإعمال قواعد الالتصاق ، ووجب فصل المنقولين أحدهما عن الآخر وإعطاء كل منقول لصاحبه .

رابعاً - ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين المختلفين في شأن مصير المنقولين بعد الالتصاق . وهذا شرط جوهري ، وقد رأينا نظيره في الالتصاق الصناعي بعقار في صورة الثلاث (١) . ذلك أنه إذا وجد اتفاق سابق ، كعقد استصناع مثلاً ، فهذا الاتفاق هو الذي يسرى ، ولا تسرى أحكام الالتصاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « إلا أن المشروع نبه إلى أمر هام ، هو ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين للمنقولين الملتصقين . وهذا القيد هو الذى يمنع من تطبيق الحكم فى العلاقة

(١) انظر آنفاً فقرة ٩٧ .

ما بين المستصنع والصانع . فان الصانع وإن كان يخلط مواد مملوكة له بمواد مملوكة للمستصنع ، يخضع للاتفاق المعقود بينه وبين المستصنع . وهو عقد الاستصناع » (١) .

١٢٥ - **امطام التصان المنقول بالمنقول** : نستبعد أولا من نطاق هذه

الأحكام الفرض الذى فيه يملك أحد المالكين المختلفين المنقول الآخر بالحيازة إذا كان حسن النية . فيتحد المالك فى هذا الفرض ، ولا تعود شروط الالتصاق ومنها اختلاف المالك متوافرة .

ويبقى إذن الفرض الذى فيه يلتصق المنقولان وهما وقت الالتصاق مملوكان لمالكين مختلفين ، لأن أحدا منهما لم يملك المنقول الآخر بالحيازة . وقد أطل التقنين المدنى الفرنسى فى تفريع أحكام هذه الحالة من الالتصاق ، حتى أنه خصص لهذه المسألة المحدودة الأهمية والنادرة الوقوع ثلاث عشرة مادة (م ٥٦٥ - ٥٧٧ مدنى فرنسى) . مقتنيا فى ذلك أثر القانون الرومانى الذى كان يعبر المسألة أهمية كبيرة نظرا لأن قاعدة تملك المنقول بالحيازة لم تكن معروفة عنده ، وهذه القاعدة تحول إلى حد بعيد دون تطبيق أحكام الالتصاق كما سبق القول .

أما التقنين المدنى المصرى ، القديم والجديد . فلم يعبر المسألة هذه الأهمية الكبيرة ، واكتفى كما قدمنا بنص واحد وكل فيه الأمر للقاضى . بعد أن وضع له توجيهات عامة يسترشد بها .

وأول هذه التوجيهات هو أن يحكم القاضى مسترشدا بقواعد العدالة . فقد يخلط منقولان مختلفا القيمة أحدهما بالآخر ، فقواعد العدالة تقضى بأن يملك صاحب الشئ الأكبر قيمة الشئ الأقل قيمة على أن يدفع قيمة هذا الشئ لصاحبه ، أو أن يملك صاحب الشئ الأصل الشئ التابع على أن يدفع لصاحبه قيمته . فإذا امتزج السمن بالعلل أو المشروبات الروحية بالماء أو بالصودا ، فظاهر أن صاحب السمن أو صاحب المشروبات الروحية ، وهو مالك الشئ الأكبر قيمة ، يملك العسل أو الماء أو الصودا ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٥ - وانظر بلانيول وديبير وبيكار ٣ فقرة

على أن يدفع قيمة هذه الأشياء لأصحابها . وإذا انشئت قطعة غيار ،
فيها ماكينته السيارة ، فظاهر أن مالك السيارة . وهو مالك الشيء الأصلي ،
يتملك قطعة الغيار وهي شيء تابع على أن يدفع قيمة المصاحب .

ومن هذه التوجيهات أيضا أن يراعى القاضى الضرر الذى حدث .
فأى المالكين يصيبه ضرر أكبر بفقد ملكية منقرنه هو الذى يستبقى ملكية
هذا المنقول ويتملك المنقول الآخر . فإذا خلط شخص قمحا مملوكا له
بقمح مملوك لشخص آخر ، فأى المالكين يكون أخرج إلى القمح المخلوط
يتملك قمح الشخص الآخر على أن يدفع له تعويضا عنه .

ومن هذه التوجيهات كذلك أن يراعى القاضى حالة كل من الطرفين
من حيث القدرة المالية . فأى المالكين أقوى قدرة على تعويض الطرف الآخر
هو الذى يتملك المنقولين بعد التصاقهما . على أن يدفع للطرف الآخر
التعويض المستحق له .

ومن هذه التوجيهات أخيرا أن يراعى القاضى حسن نية كل من الطرفين .
فأى منهما كان حسن النية ، وكان قادرا على تعويض الطرف الآخر ،
هو الذى يتسلط المنقولين بعد التصاقهما ، على أن يدفع للطرف الآخر
التعويض المستحق له . وقد يجعل القاضى المنقولين ملكا للمالك سبب النية
الذى تعتمد خلط أحدهما بالآخر ، إذا كان من شأن هذا الخلط أن ينقص
من قيمتهما ، ويوجب عليه تعويض المالك حسن النية عن منقوله بقيمته
كاملة قبل أن تنقص بالخلط . وقد يرى القاضى أن العدالة تقضى بنمليك
صاحب الشيء غير الأصلي الشيء الأصلي . نظرا لسوء نية صاحب هذا
الشيء الأخير .

وقد لا يرى القاضى مرجحا لجعل الملكية لأحد من المالكين . فيجعل
المنقول الذى نتج من التصاق المنقولين أحدهما بالآخر مملوكا على الشيوع
لهما معا ، كل بنسبة قيمة المنقول الذى كان يملكه . ففى القمح المخلوط :
قد يرى القاضى أن يجعله شركة بين المالكين بالنسبة التى تقدم ذكرها .
وقد يرى أن يباع ، ويقسم ثمنه بينهما بنفس النسبة .

ويتميز القانون الفرنسي في هذا الصدد بين الضم (adjonction) والخلط أو المزج (mélange ou confusion) ، والتحويل (spécification) . فالضم اتحاد منقولين مع إمكان تمييز كل منهما عن الآخر ، فيملك صاحب المنقول الأصلي أو المنقول الأكبر قيمة المنقولين معاً ، على أن يعرض صاحب المنقول الآخر . فوضع قطعة من الماس (solitaire) في خاتم من ذهب يجعل صاحب الماس هو المالك على أن يعرض صاحب الذهب ، وذلك بشرط أن يكون من المتعذر فصل المنقولين أحدهما عن الآخر دون تلف . والخلط أو المزج هو خلط منقولين أحدهما بالآخر بحيث لا يمكن تمييز أى منهما ، كخلط غلال مملوكة لشخص بغلال مملوكة لشخص آخر ، أو مزج نبيذين مملوكين لمالكين مختلفين . والأصل أن يكون المنقول الجديد مملوكاً على الشيوع للمالكين معاً ، فيباع ويقسم ثمنه عليها كل بنسبة قيمة المنقول الذى كان يملكه . ولكن إذا كان أحد المنقولين أكبر قيمة من الآخر ، ملك صاحبه المنقول الجديد ، وعرض صاحب المنقول الآخر . والتحويل هو صنع شخص لشيء جديد من مادة مملوكة لآخر ، فصاحب المادة هو الذى يملك فى الأصل الشيء الجديد على أن يعرض الشخص الآخر النفقات التى تكلفها وأجر عمله . ويشترط فى ذلك أن تكون قيمة المادة أكبر من قيمة العمل . فمن خاط قماشاً أو صنع طقمًا من « الأوبيسون » . كان عمله فى الغالب أقل قيمة من القماش الذى خاطه أو « الأوبيسون » الذى صنع منه طقمًا . فيملك صاحب القماش أو صاحب « الأوبيسون » القماش بعد خياطته أو « الأوبيسون » بعد صناعته طقمًا ، على أن يعرض الصانع عن عمله . أما إذا كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المادة . فإن الصانع يملك الشيء المصنوع ، على أن يعرض صاحب المادة . فمن صنع تمثالاً من رخام أو نبيذاً من عنب ، ملك التمثال أو النبيذ . وعرض صاحب الرخام أو العنب . ويشترط فى كل ذلك بداهة ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين ؛ فان وجد اتفاق كعقد استصناع فان الاتفاق هو الذى يسرى كما سبق القول . وهذه الأحكام لا يوجد ما يمنع من تطبيقها فى مصر ، إذا وجد القاضى أنها تتفق مع قواعد العدالة التى يجب أن يسير شديها فى هذا الصدد كما قدمنا .

الفصل الثاني

المقد

(Contrat)

١٢٦ — كسب الملكية بالعقد — نص قانوني : تنص المادة ٩٣٢ مدني

على ما يأتي :

« تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية ، في المنقول والعقار ، بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » (١) .

وبمخلص من هذا النص أن الملكية ، في المنقول والعقار على السواء ، تنتقل بالعقد ، على أن يرد العقد على عين معينة بالذات مملوكة للمتصرف .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠١ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٧ - ص ٣٣٨) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٩٧/٤٥ : تنتقل الملكية في الأموال منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد حصول العقد المتضمن التملك ، متى كان المال مملوكاً للمالك .
(والتقنين المدني السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩٤ (مطبق فيما يتعلق بالمنقول فقط) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٦ : ١ — تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار .

٢ — والمقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً . (ويوجد في القانون العراقي نظام السجل العيني « الطابو » ، فلكية العقار لا تنتقل إلا بتسجيل العقد في الطابو) .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل : ويوجد في القانون اللبناني أيضاً ، كما يوجد في القانون السوري ، نظام السجل العيني (السجل العقاري) . أنظر فيما يتعلق بنقل ملكية العقار في القانون اللبناني وضرورة الفيد في دفتر الملكية (السجل العقاري) المادتين ١٠ و ١١ من القرار رقم ١٨٨ المؤرخ في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري .

ونقل الملكية في المنقول بالعقد ظاهر . وإذا كانت الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل . فان معنى ذلك أن الملكية لا تنتقل إلا إذا تمت إجراءات التسجيل . ولكن الذي ينقل الملكية ، حتى في العقار ، هو العقد لا التسجيل . ذلك أن التسجيل لا ينقل بذاته الملكية إلا في نظام السجل العيني ، وهذا النظام لا يزال غير معمول به حتى اليوم وإن كان قد صدر به قانون كما سيجيء . وحتى لو قلنا مع الرأي الراجح إن الملكية في العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا من وقت التسجيل ، فان ذلك لا يمنع من أن الذي نقل الملكية هو العقد ، ولكن يتراخى أثره في نقل الملكية إلى وقت التسجيل (١) . والصحيح في نظرنا أن العقد المسجل ينقل الملكية في العقار فيما بين المتعاقدين منذ انعقاده لا من وقت التسجيل ، ولا ينفذ نقل الملكية في حق الغير إلا من وقت التسجيل . وقد بسطنا رأينا هذا في تفصيل واف عند الكلام في البيع (٢) .

ويحيل النص في انتقال الملكية بالعقد إلى المادة ٢٠٤ مدني ، وهي تنص على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق » إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل . فنقل الملكية إذن يسبقه التزام بنقل الملكية ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه مع مراعاة التسجيل في العقار ، فنتقل الملكية عن طريق تنفيذ هذا الالتزام (٣) . وليس كل عقد يكسب الملكية أو يكشف عن كسبها . والعقود المسماة المكسبة للملكية هي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض ، وأهم هذه العقود جميعاً هو عقد البيع . والعقود المسماة التي تكشف عن كسب الملكية هي الصلح والقسمة .

(١) قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٦٣ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦ .

(٣) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٤١٦ - وانظر في التطور التاريخي لبيع كمقدناقل للملكية ، وفي أنه لم يكن في القانون الروماني يربط في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية : الوسيط ٤ فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٣٢ - وانظر أيضاً في تحليل معنى نقل الملكية ، وفي أنه يجب التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلاً : الوسيط ٤ فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٩ - وفي الاتفاق هل تأجيل نقل الملكية حتى استيفاء الثمن : الوسيط ٤ فقرة ٩٠ - فقرة ٩٤ .

١٢٧ - كسب الملكية بالعقد في المأجور - أنظر ثانياً : فإذا كان

الشيء الذي يرد عليه العقد منقولا ، وجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء الذي لم يعين إلا بنوعه .

ففي الشيء المعين بالذات ، يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية المتولد من العقد بمجرد نشوء هذا الالتزام . فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات لشخص آخر ، كان ملتزماً بنقل ملكية السيارة إلى المشتري . ومتى نشأ هذا الالتزام في ذمته ثم تنفيذه بمجرد نشوئه . فتنقل ملكية السيارة فعلاً إلى المشتري ، وذلك دون حاجة إلى أي إجراء آخر من تسليم أو نحوه (١) .

وفي الشيء المعين بنوعه ، تنص المادة ٩٣٣ مدني على ما يأتي :
« المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بافرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ » (٢) .

والمادة ٢٠٥ مدني التي تشير إليها المادة ٩٣٣ مدني سالف الذكر تنص على أنه « ١ - إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ،

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٢ فقرة ٤١٧ و ٤ فقرة ٢٤١ - فقرة ٢٤٤ ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « تنتقل الملكية بالعقد في المنقول المعين بالذات ، ولا حاجة للتسليم . فلو باع شخص سيارة معينة بالذات إلى آخر . انتقلت ملكيتها إلى المشتري قبل التسليم . ولو باعها مرة ثانية إلى مشتري آخر ، كانت الملكية تشتري الأول ، ولكن لو سلمها البائع للمشتري الثاني انتقلت الملكية من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بالحيازة لا بالمقدّم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٨ - ص ٣٣٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٣٣٨/٢٦٨ : لا تنتقل ملكية المبيع المعين بنوعه فقط إلا بتسليمه تشتري . (والتقنين المدني السابق يجعل انتقال الملكية بالتسليم ، والصحيح أن انتقال الملكية يكون بالإفراز ، وإن كان الإفراز يتم عادة عند التسليم) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : من

التقنين المدني السوري م ٨٩٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء . ٢ - فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه . جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين . بعد استئذان القاضي ، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير إخلال في الخالتين بحقه في التعويض . فيتم انتقال الملكية في المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه بالإفراز . ولو قبل التسليم . فلو أن شخصاً باع إلى شخص آخر عشرين أردباً من القمح ، لم تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد البيع . ويجب إفراز كمية من القمح معادلة للمقدار المحدد في عقد البيع بقصد تسليمها إلى المشتري . ومن ثم يصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات ، فتنتقل ملكيته بالإفراز دون حاجة إلى التسليم (١) .

١٢٨ - كسب الملكية بالمقدار في العقار - ومبرر الشهر - نص قانوني

تنص المادة ٩٣٤ مدني على ما يأتي :

١ - في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى . سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير . إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري . ٢ - ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها ، سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة . ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر (٢) .

(١) أنظر في تفصيل هذه المسألة ، وفي كيف يكون التنفيذ إذا امتنع البائع عن الإفراز ، وفي نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري : لرسيل ٢ فقرة ٤١٩ - فقرة ٤٢٣ - ٤ فقرة ٢٤٥ - فقرة ٢٤٨ . وانظر في أن كسب الملكية في المنقول المعين بنوعه هو سبب مركب من العقد وهو تصرف قانوني ومن الإفراز وهو واقعة مادية : حسن كبيرة ص ٨ - والعقد مصحوباً بالإفراز هو الذي ينقل الملكية في المنقول المعين بالنوع ، كما أن العقد مصحوباً بالتسجيل هو الذي ينقل الملكية في العقار .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٩ من مشروع التمهيدى على الوجه

الآتي : « في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت أحكام التسجيل المبينة في المواد الآتية » . وقد أورد المشروع التمهيدى في المواد ١٣٧٠ إلى ١٣٨١ الأحكام الموضوعية الخاصة بالشهر العقاري . على أساس أن مكانها المناسب هو التقنين المدني . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ووضع التسجيل في هذا المكان إذ هو مكانه الحقيقي ، فإنه يشترط حتى ينتقل »

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في صدد هذا النص :
« أما في العقار فلا تنتقل الملكية ولا تحتون العينية الأخرى ، حتى فيما بين »

العقد الملكية أن يسجل ، وبذلك اندمج قانون التسجيل في التقنين المدني بعد أن كان منفصلاً عنه : عل أن هذا الاندماج محل للنظر ، فقد يحسن إبقاء قانون التسجيل منفصلاً حتى يتم إنشاء السجل العقاري » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٦ هامش ١) . وقبل نظر لجنة المراجعة للمشروع التمهيدى للتقنين المدني ألفت لجنة لنظر مشروع قانون الشهر العقاري ، فرأت أن تضمن هذا المشروع الأخير جميع الأحكام الخاصة بالشهر من موضوعية وشكلية وتنظيمية . ولذلك نقلت الأحكام الموضوعية الواردة في المشروع التمهيدى للتقنين المدني إلى قانون تنظيم الشهر العقاري ، وصدر هذا القانون فعلاً وعمل به قبل العمل بالتقنين المدني الجديد . ولما عرضت المادة ١٣٦٩ من المشروع التمهيدى على لجنة المراجعة ، وافقت عليها تحت رقم ١٠٠٦ في المشروع النهائي : بعد تعديلها على الوجه الآتى : « في المواد المقارنة لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون الشهر المتعلق بذلك » . وفي مجلس النواب أضيفت الفقرة الثانية ، فأصبح النص تحت رقم ١٠٠٣ مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . فيما عدا خلافاً لفظياً ضئيلاً . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٣٤ . بعد استبدال عبارة « قانون تنظيم الشهر العقاري » بعبارة « قانون الشهر المتعلق بذلك » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بخته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٠ - ص ٣٤٢) . وفاز الوسيط ٤ فقرة ٢٦٢ ، حيث ورد خطأ أن اللجنة التشريعية نجس النواب هي التي رأت جعل نظام الشهر العقاري في قانون خاص منفصل عن التقنين المدني ، والصحيح أن لجنة المراجعة هي التي رأت ذلك قبل اللجنة التشريعية لمجلس النواب .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن قانون التسجيل كان معمولاً به منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وقانون تنظيم الشهر العقاري منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٩٦ :

١ - يكتب حق تسجيل الحقوق الفعلية المقارنة بمفعول العقود . ٢ - وتطبق الأحكام الخاصة بالبيع والهبة على المقارات الأميرية وعلى الحقوق العينية المائدة لهذه المقارات . م ٨٩٧ : إن الالتزام بإعطاء المقار يتضمن الالتزام بنقل ملكيته في السجل العقاري ، وبصيانته حتى هذا النقل ، تحت طائلة دفع المثل والضرر للدائن .

م ٨٩٨ : إن الالتزام بنقل ملكية المقار في السجل العقاري خضع لأحكام البيع والامتيازات والتأمينات ، وكذلك للنصوص المتعلقة بالسجل العقاري . (وهذه النصوص تتفق مع أحكام السجل العيني وهو النظام المعمول به في سورية) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٧ : العهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض =

المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد (١) . والمقصود أن الملكية تنتقل . حتى في العقار ، بالعقد . ومتى تم تسجيل العقد فإنها تنتقل من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، على أن انتقالها لا يكون نافذاً في حق الغير إلا من وقت التسجيل (٢) .

ويجمل النص سالف الذكر ، في انتقال ملكية العقار ، إلى قانون تنظيم الشهر العقاري ، وهو القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ويبين هذا القانون التصرفات والأحكام القضائية والسندات التي يجب شهرها ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر .

وقد عرضنا ، عند الكلام في البيع ، إلى نظام الشهر العقاري في مصر . وبيننا أن هناك نظامين للشهر ، نظام الشهر الشخصي وهو المعمول به حتى اليوم ، ونظام السجل العيني وقد صدر به أخيراً القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ولكن لم يعمل بهذا القانون حتى الآن . وقارنا بين النظامين ، فرأينا أن نظام السجل العيني يعلو كثيراً على نظام الشهر الشخصي (٣) .

إذا أخل أحد الطرفين بتمهده ، سواء اشترط التعويض في التمهد أو لم يشترط . (وهذا النص يتفق مع نظام السجل العيني « الطابور » وهو النظام المعمول به في العراق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٠٤ : يتم اكتساب الحقوق امينية وانتقالها بقيدما في السجل العقاري . وهذا ذلك فإن حقوق الملكية وحقوق التصرف تكتسب أيضاً بالإلحاق وفقاً لأحكام الفصل الثاني من هذا الباب . وكل من يكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم . فهو مالك قبل التسجيل ، ولكن لا يكون للاكتساب مفعول إلا بعد التسجيل . م ٢٠٤ : إن مفاعيل القيود معنية بأحكام المادة ١١ من القرار رقم ١٨٨ المتعلق بالسجل العقاري - م ١١ من القرار رقم ١٨٨ (المؤرخ في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري) : إن الصكوك الرضائية والاتفاقات التي ترمى إلى إنشاء حق عيني أو إلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا اعتباراً من تاريخ قيدها . ولا يمنع ذلك المتعاقدين من ممارسة حقوقهم ودعواهم المتبادلة عند عدم تنفيذ اتفاقاتهم . وتطبق هذه الأحكام خاصة على الصكوك والاتفاقات العقارية والتوقيعات والخبز وتجزئة الأوقاف التي تنظم أو تعدق من قبل كتاب العدل والمحاكم الشرعية . (وهذه نصريه تنفق مع نظام السجل العيني أو العقاري وهو النظام المعمول به في لبنان) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ .

(٢) أنشأ أولاً فترة ١٢٦ - وانظر الرسيط ٢ فترة ٤١٨ .

(٣) الرسيط : فترة ٢٥٠ .

وامتعرضنا المراحل الأربع التي مر بها في مصر انتقال الملكية في العقار حتى صدور قانون بتنظيم الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ (١) .

ففي المرحلة الأولى ، وهي المرحلة السابقة على التقنين المدني القديم ، لم يوجد نظام لشهر انتقال الملكية في العقار . إذ كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد وهي لا تعرف نظام الشهر . ولم يصدر أى تشريع يضع نظاما للشهر . وقد خفف من عيوب عدم وجود نظام للشهر وجود نظام آخر هو نظام المكلفات الإدارية . وهو نظام إدارى وضع لحجى الضرائب العقارية . ويقضى بتحرير التصرف في حجة شرعية وتسجيله في سجل خاص بكل مديرية . وذلك لإثبات كل تغيير في شخص الملتزم بالضريبة العقارية في هذه السجلات أو المكلفات . فكان هذا النظام ، الذى وضع في الأصل لتنظيم حجى الضريبة العقارية ، يستخدم في الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية . إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنيا يستطيع دور الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التي ترتبت على الأراضى (٢) .

وفي المرحلة الثانية . وهي المرحلة التي بدأت بصدور التقنين المدني القديم : أدخل المشرع المصرى نظاما لشهر الحقوق العينية اقتبس من النظام الفرنسى الذى كان قد أدخل في فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ . ولا تزال نصوص هذا التقنين المدني القديم معمولا بها في حالة المحررات التي لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ . وهو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذى سيأتى ذكره . ويقضى التقنين المدني القديم بوجه عام بأن الملكية والحقوق العينية الأخرى تنتقل فيما بين المتعاقدين

(١) وقد ذكرنا في الجزء الرابع من الوسيط (فقرة ٢٤٩) أننا نعرض تطور نظام الشهر العقاري في كثير من الإيجاز ، على أن تفصل القول فيه عند الكلام في أسباب كسب الملكية . ولكننا رأينا بعد ذلك أن الاستعراض التاريخى الذى أوردناه في الجزء الرابع يكتفى لرفقه بالحاجة ، فاقصرنا هنا على مجرد الإشارة إليه إذ لا يتسع المقام لأكثر من ذلك . وآثرنا أن نركز البحث في الكلام في قانون تنظيم الشهر العقاري وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر ، مقارنة بينه بقانون السجل العيني وهو القانون الذى صدر أخيراً ولم يبدأ العمل به حتى اليوم .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط : فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٥٣ .

بالعقد دون حاجة إلى تسجيل . وبأنها لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل العقود التي هي مصدر لها . وأهم عيوب هذا النظام أنه كان نظاما شخصيا . يتم الشهر فيه وفقا لأسماء الأشخاص . ويتوزع بين جهات ثلاث . المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . ولم تكن له حجة كاملة كالحجة التي تقرن بنظام السجل العيني . فليس الشهر إلا تسجيلا للعقد كما هو على علته وبجميع ما ينطوي عليه من عيوب . فلا يصحح عقدا باطلا ولا يبطل عقدا صحيحا . ولم يكن التسجيل ضروريا لنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فيما بين المتعاقدين ، وحتى بالنسبة إلى الغير كان النظام يخرج بعض الوقائع الهامة من منطقة الشهر ، كالميراث والوصية والوقف والتصرفات الكاشفة عن الحقوق العينية كالصلح والقسمة (١) .

وفي المرحلة الثالثة . وهي المرحلة التي بدأت بصدر قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ ، بقيت نصوص هذا القانون مغسولا بها في شأن جميع المخررات التي تم شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ . وهو تاريخ العمل بقانون تنظيم الشهر العقاري الذي سبأى ذكره . وقد عالج هذا القانون بعض وجوه النقص في نظام الشهر السابق عليه . فجعل التسجيل لازما في نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى ، لا بالنسبة إلى الغير فحسب . بل أيضا فيما بين المتعاقدين . وأضاف إلى منطقة التسجيل العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية كالقسمة والصلح . فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير . وتناول دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والإرجوع في العقد ودعوى الاستحقاق . فأوجب شهرها . وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التي تصدر في هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب . ولكن قانون التسجيل لم يقطع الطريق إلى نهايته . بل ترك دون علاج كثيرا من عيوب نظام الشهر السابق عليه . فبقى النظام نظاما شخصيا وفقا للأسماء لا تبعا للعقار . وبقى لا حجة له في ذاته إذ العقد يشهر على علته . وبقى جهات الشهر متعددة ، واقتصر التسجيل على العقود فيما بين الأحياء فلم يخضع له الميراث والوصية والوقف (٢) .

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ ، فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٥٧ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ ، فقرة ٢٥٨ - فقرة ٢٦١ .

وفي المرحلة الرابعة : وهي المرحلة التي : أت بصدر قانون تنظيم الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ ، لا تزال نصوص هذا القانون معمولاً بها حتى الآن ، ويخضع لها جميع المحررات الصادرة منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ العمل بهذا القانون . وإذا تقرر إلغاء الامتيازات الأجنبية في سنة ١٩٤٩ ، ودخلت مصر في مرحلة انتقالية مدتها اثنتا عشرة سنة من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٩ ، فقد تهيأ الجو لتوحيد جهات الشهر . وقد وحدها قانون الشهر العقاري فعلاً في جهة واحدة ، هي مكاتب الشهر العقاري ومأمورياتها المنتشرة في المدن والأقاليم ، تحت إشراف مكتب رئيسي عام . وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت نصوصه . وكان ذلك خطوة كبرى في طريق إدخال نظام السجل العيني . وقد ضم قانون الشهر العقاري نظام تسجيل الحقوق العينية الأصلية ونظام قيد الحقوق العينية التبعية في صعيد واحد . فأصلح عيها وقع فيه قانون التسجيل ، إذ فصل هذا القانون نظام التسجيل عن نظام القيد الذي بقي خاضعاً لنظام التقنين المدني القديم . واستقصى قانون الشهر العقاري المحررات الواجبة إخضاعها للشهر . فلم يترك ثغرات كتلك التي تركها قانون التسجيل ، وخضع للشهر الميراث والوصية والوقف ودعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية كذلك خضع للشهر القرارات الإدارية النافذة للملك ، كمراسم نزع الملكية للمنفعة العامة ومراسم تقسيم الأراضي الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وقرارات ردم البرك والمستنقعات والإذن بإحياء الأرض الموات . وحافظ قانون الشهر العقاري على وجوه الإصلاح التي حققها قانون التسجيل ، فجعل التسجيل في التصرفات المنشئة ضرورياً لنقل الحق العيني لا في حق الغير فحسب بل أيضاً فيما بين المتعاقدين ، وأخضع للتسجيل العقود الكاشفة ، وفرض إجراءات دقيقة للتحري عن صحة المحررات بل إنه قد سار في هذا الطريق شوطاً أبعد من قانون التسجيل . على أن هناك عيبين جوهريين باقيين في نظام الشهر ، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقاري معالجتهما . فلا يزال النظام نظاماً شخصياً بحسب الأسماء لا بحسب العقار ، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة في ذاته . وما كان قانون تنظيم الشهر

العقارى يستطيع معالجة هذين العيبيّن ، فان العلاج الوحيد لهما هو إدخال نظام السجل العيّن (١) .

وقد صدر فعلا القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بإدخال نظام السجل العيّن . ولكن هذا النظام ، بالرغم من صدور قانون به ، لم يعمل به حتى اليوم . ذلك أن المادة ٢ من قانون إصداره تنص على ما يأتى : ١ - يصدر قرار من وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام الشهر على أساس إثبات الثورات فى السجل العيّن ، ويحدد القرار التاريخ الذى يبدأ فيه هذا السريان على أن يكون هذا التاريخ لا يحتمل لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل . ٢ - وبسائر العمل بقوانين الشهر المعمول بها فى المناطق التى لم يطبق نظام السجل العيّن فيها طبقا لأحكام الفقرة السابقة . ولما كان لم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العيّن ، فانه لا يمكن القول إن هذا النظام قد أدخل فعلا فى مصر . وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٢ من قانون الإصدار كما رأينا ، بأنه حتى يصدر قرار من وزير العدل بتعيين أقسام مساحية لإدخالها فى نظام السجل العيّن يبقى قانون تنظيم الشهر العقارى معمو لا به فى كل قسم لم يدخل فى هذا النظام . ومعنى ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد دون استثناء . وتنص المادة ٣ من قانون الإصدار على أنه « فى الفترة المشار إليها فى المادة السابقة تستكمل المصلحة إعداد السجل العيّن للقسم المساحى على الوجه المبين بالقانون المرافق » . وفى الفترة التى يجب أن تفصل ما بين صدور القرار الوزارى بإدخال قسم مساحى فى نظام السجل العيّن وإدخال هذا النظام فعلا فيه . تستكمل مصلحة الشهر العقارى إعداد القسم المساحى الذى صدر به القرار الوزارى ليكون

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٦٢ - فقرة ٢٦٥ . وانظر فى أن العقد المسجل يرتب جميع الآثار التى يرثها العقد غير المسجل ، وفى أنه يزيد عليه فى أنه ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٧٩ - وفى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين وهل للتسجيل أثر رجمى : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦ - وفى نقل الملكية بالنسبة إلى الغير وهل يشترط حسن النية فى المشتري الذى سجل عقده أولا : الوسيط فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٩٠ .

صالحا لنظام السجل العيني . ويظهر أنه لا يوجد حتى الآن قسم مساحي في مصر يمكن إعداده لنظام السجل العيني ، لعدم توافر الإمكانيات المالية والمادية . وتنص المادة ٤ من قانون الإصدار على أنه « يصدر باللائحة التنفيذية قرار من وزير العدل » . ولم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بهذه اللائحة التنفيذية (١) .

ولما كان قانون تنظيم الشهر العقاري هو كما قدمنا القانون المعمول به حتى الآن في جميع أنحاء البلاد . ويقدر أن يبقى معمولا به زمنا طويلا حتى

(١) وهذا ما جاء بالمذكرة الرسمية لقانون السجل العيني في تقدير هذا النظام : « ويعتبر السجل العيني ثورة في نظم المساحة ، إذ يترتب على تطبيقه تغيير جذري في أنظمة التسجيل القائمة . ومن هنا فإن هذا النظام كان أداة بنشأ كل مشغل بالقانون أو بأنظمة التسجيل . وظلت هذه الأمانة تراوحت مدة ستين عاما منذ انعقدت أول لجنة في سنة ١٩٠٤ لتعديل نظام التسجيل في مصر . وكانت مذكرات اللجان المتعاقبة تزخر بمزايا هذا النظام مناشدة الحكومات المختلفة قبل الثورة العمل على تطبيقه ، إلى أن قدر له أن يرى النور أخيرا على يد حكومة الثورة بعد هذه الأحقاب الطويلة !

وينقسم قانون السجل العيني إلى أبواب ستة : (١) الباب الأول في أحكام عامة ، تعرف السجل العيني وتنظم مكاتبه وأمورياته ، وتخصص سجلا عينيا لكل قسم مساحي ، وتقرر في هذا السجل صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ، وتقرر أن الرسوم تخضع لقواعد المتعلقة بالرسوم الخاصة بالشهر العقاري . (٢) الباب الثاني ، ويقرر القواعد التي تتبع في إثبات الحقوق في صحائف السجل لأول مرة ، ويشكل لجنة قضائية في كل قسم مساحي تنظر في الدعاوى والطلبات التي ترفع في خلال السنة الأولى بعد العمل بالقانون لإجراء تغيير في بيانات السجل العيني . (٣) الباب الثالث ، ويبين التصرفات والحقوق الواجب قيدها في السجل ، ويقرر أن للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ويورد إجراءات التغيير والتصحيح في بيانات السجل ، ويرسم الإجراءات الواجبة الاتباع للقيده في السجل . (٤) الأبواب الرابع والخامس والسادس : يقرر الباب الرابع تسليم كل مالك « سند الملكية » ، وتسليم غير الملاك من ذوي الشأن بناء على طلبهم شهادات بها البيانات الخاصة بهم في السجل العيني . ويجعل الباب الخامس علامات تحديد الوحدات العقارية مملوكة للدولة ، ويوجب الإخطار برخص البناء والهدم وبربط الموائد المستحقة ، كما يوجب على السلطات المختصة أن تقدم البيانات والأوراق المطلوبة . ويفرض الباب السادس عقوبة الحبس والغرامة إلى خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين على من يتوصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك لغير مع علمه بذلك ، كما يعاقب بغرامة من جنيه إلى عشرة جنيهات على عدم الإخطار برخص البناء والهدم وبربط الموائد المستحقة أو عدم تقديم السلطات المختصة لبيانات والأوراق المطلوبة .

بتيسر إدخال نظام السجل العيني تدريجياً وعلى فترات متعاقبة . بالقدر المستطاع (١) ، فاننا نتولى بحث قانون تنظيم الشهر العقاري (٢) ، مقارنة بين إياه بقانون السجل العيني حتى تبين أهم الفروق ما بين القانونين (٣) . ونقسم الكلام في ذلك على مبحثين : (١) المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر . (٢) إجراءات الشهر .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني في هذا الصدد : « وجدير بالذكر أن نظام السجل العيني لن يطبق دفعة واحدة على كافة أنحاء الجمهورية ، بل سيجرى تطبيقه تباعاً في كل منطقة من المناطق التي يتم مسحها . فكلما تم مسح منطقة من المناطق مساحة حديثة ، أمكن تطبيق هذا النظام عليها . وسوف يراعى قبل إجراء القيد الأول في السجل فحص المستندات فحصاً دقيقاً ، ومناقشة أصحاب الحقوق ، وإجراء النشر اللازم في الصحف والجهات الرسمية وغيرها من وسائل الإعلام ، وتمكين ذوي الشأن من إبداء اعتراضاتهم أمام لجنة قضائية . وبذلك لا يقيد في السجل إلا صاحب الحق » .

(٢) وهناك مشروع لقانون تنظيم الشهر العقاري والتوثيق أعدته وزارة العدل ليحل محل قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتوثيق . وقد استهدف هذا المشروع بوجه خاص : (أ) معالجة الميوب التي أسفر عنها التطبيق العمل لذين القانونين واستكمال أوجه النقص فيها . (ب) وضع القواعد الكفيلة بحماية صغار الملاك وبإمكان حصر الملكيات والتشجيع على شهر المحررات العرفية . (ج) تبسيط الإجراءات . (د) إقرار ما كانت مصلحة الشهر العقاري والتوثيق تقوم به من إجراءات اقتضتها الضرورة العملية إقراراً تشريعياً . (هـ) تنسيق أحكام قانون الشهر العقاري بما يتلاءم مع أحكام قانون السجل العيني ، تمهيداً لإدخال نظام السجل العيني .

وسنتناول في الحاشية أهم الأحكام التي جاء بها هذا المشروع معدياً لأحكام قانون الشهر العقاري ، وذلك في المواضع التي يعدل فيها المشروع أحكام هذا القانون .

(٣) وتلخص المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني مزايا نظام السجل العيني إذا تم إدخاله في مصر ، وهي التي تمثل أهم الفروق ما بين القانونين ، فيما يأتي : ١ - تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على المقاروفق البيانات الثابتة بالسجل ، إذ أنه بمجرد إثبات البيان في السجل يصبح هذا البيان مثلاً للحقيقة ونقياً من أي عيب عالق بسند الملكية بعد مضي مواعيد الطعن المنصوص عليها في المشروع أو الفصل نهائياً فيما قد يرفع من طعون . ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة Force probante للقيد في السجل العيني . ويعمل هذا المبدأ حجب الزاوية للنظام ، ومعناه أن كل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير . وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كذلك للمقار في حماية من كل دعوى غير ظاهرة في السجل ، مما يقتضي أن يؤشر بالدعوى التي ترفع عند البيانات المدرجة في السجل لحماية رافعها من القرينة المخلقة التي تستمد من القيد فيها ٢ - حظر التملك بالتقادم ، كقاعدة عامة ، لمواجهة

المبحث الأول

المحركات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر

١٢٩ - المحركات الواجب شهرها : يمكن حصر المحركات الواجب شهرها . وفقا لقانون الشهر العقارى ، فيما يأتى :

= الحقوق المقيدة بالسجل . فن أثبت اسمه فى السجل كمالك للمقار يصبح فى ما من ثم من أن يفاجأ بادعاء أى مقتصب يزعم أنه تملك المقار بوضع اليه ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة لمقيد فى السجل . ورعاية لوضع اليد المستقر فى ظل القانون القديم ، نص المشروع على طريقة القيد فى السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك المقار فعلا بوضع اليد قبل العمل به ، كما نص على فقرة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة انتقام ، وكل ذلك على التفصيل الموضح بالمشروع - ٣ . تطبيق مبدأ المشروعية (Legalité) فى السجل العيني : ومعناه إجراء المراجعة السابقة لكافة السجلات التى يجرى القيد فى السجل بمقتضاها حتى لا يقيد فى السجل إلا الحقوق المشروعة فعلا ، وحتى لا يستفيد من ائثار الإدعاءات المشكوك فيها . ويؤدى ذلك حتماً إلى استقرار الملكية استقراراً تاماً وانعدام المنازعات أمام المحاكم فى شأنها ، مما يخفف انقباض عن الأهالى وعن المحاكم بشكل ملموس - ٤ . يكفل النظام الجديد تبسيط عملية الشهر وسرعتها والتاسق فيها ، مع وضوح السجلات وسهولة إحاطة المتعاملين بمضمونها . كذلك يقتضى هذا النظام على المساواة المترتبة على تشابه الأسماء ، وببسر تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة سليمة وعادلة - ٥ . ضماناً لاستقرار الملكية والحقوق العينية ، نص المشروع على عقوبة جنائية لكل من يتوصل إلى قيد محرره فى السجل لطلب عقار مملوك لغيره ، أو ترتيب حق عيني عليه ، مع علمه بذلك .

ومن البلاد التى أخذت بنظام السجل العيني أستراليا (نظام تورنس) وألمانيا وسويسرا والنمسا والنرويج وأسبانيا والبرتغال وإنجلترا وملقا وسنغافورة والبرازيل وبعض الولايات الأمريكية المتحدة وجزء من كندا والعراق وسورية ولبنان وتونس ومدغشقر والكنجو والسنجال . ولكن لا يزال كثير من البلاد المتقدمة ، ومنها فرنسا وبلجيكا وهولندا وإيطاليا ، يأخذ بنظام الشهر الشخصى ، إذ لم تستطع هذه البلاد حتى الآن تذليل الصعوبات التى يقتضى تذليلها إدخال نظام السجل العيني . وهذه هى بعض خصائص نظم السجل العيني فى البلاد المختلفة التى أخذت بهذه النظم ، وهى تختلف من بلد إلى آخر :

النظام الأسترالى (تورنس) : يطبق هذا النظام مبدأ القوة المطلقة للقيد بشدة أكثر مما يطبقه به أى نظام آخر . فالنظام الألمانى مثلاً يستثنى من هذا المبدأ حالة الغير سىء النية ، ولكن القوانين الأسترالية تمنع ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، جميع دعاوى الطعن فى حق الملكية الثابتة بالشهادة السنية ، سواء كانت دعاوى إنهاء أو رجوع أو فسخ ، ولا تستثنى إلا ثلاثة أنواع من الدعاوى : (١) دعاوى الطعن فى صحة القيد الذى تم بطريق الفسخ ، متى =

أولاً - التصرفات المنشئة أو الناقلة أو المنهية لحق عيني عقارى أصلى ، والأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك (م ٩ من قانون الشهر العقارى) .

= رفعت الدعوى ضد الشخص الذى تم لصاحبه القيد . (٢) دعوى تصحيح الخطأ في التحديد .
(٣) الدعوى المرفوعة من يحمل شهادة سندية سابقة لها نفس المنزلة . وفيما عدا ذلك تكون الشهادة السندية التى يسلمها السجل العام بمثابة أى طعن ، وهى فى ضمان الدولة . فإذا فرض أن صدر شهادة سندية لشخص بدون وجه حق ، فللمالك أن يرفع دعوى تمويض على الدولة .
رلمواجهة هذه الدعاوى أنشأ القانون الاسترال صندوقاً لتأمين ، يعمل بواسطة رسم نسبة قدره نصف بنس لمل جديد ($\frac{1}{2} \%$) من قيمة كل عتار يقيد . وقانون الملكية العقارية الاسترال (نظام تورنس) هو من أحسن القوانين المعاصرة التى تنى بالمطالب النظرية والعلمية لنظام متقن الشهر ، ويشير على نظرات تطبيقه فى عدد كبير من الدول ، منها إنجلترا وفرنسا وسنغافورة وأستراليا وترنس وريجنس الولايات المتحدة وجزء من كندا .

القانون الألماني : يحتل ملكية العقار فى هذا القانون مكانان بين التصرفات والتصرفات

إليه (م ٨٧٣ من ألمانى) ، ويستلزم ذلك حضور الطرفين أمام المكتب المدعى بتصحيح من إرادتين متقابلتين ، إحداهما بالتصرف فى الحق والأخرى بتكسب الحق . وأمين المكتب ، وهو قاض يختار من بين قضاة المحكمة الابتدائية ولقراراته خصائص أحكام محكمة الدرجة الأولى ، هو الذى يعطى السند المتضمن لهذا الاتفاق . ثم يتكفل بعد ذلك بتنفاذه . بالإشراف على قيده فى السجلات العامة . والتصرف الذى لا يتم على هذه الصورة يكون باطلاً ، ولا أثر له .
وتقتضى المادة ٩٢٧ من ألمانى بأن المقار الذى يبقى مدة ثلاثين سنة فى حيازة الغير ، يمكن تقرير سقوط حق المالك عنه عن طريق رفع دعوى . وإذا كان المالك مقيداً فى السجل ، فانه الدعوى لا تنيل إلا إذا كان قد تزوف أو كان غائباً ولم يجر أى قيد بموافقة السجل منذ ثلاثين سنة .

القانون السويسرى : يشتمل القانون السويسرى على كل من يتكسب الملكية أو أى حق

عيني آخر يستلزم فيه اشتداد أى قيد فى السجل الملى . بين حقه قائماً . ولكن إذا تم قيد الحق دون مسوغ ، بأن أبهرى دون وجه حق أو بموجب تصرف قانونى غير ملزم ، جاز لمن أضر القيد بحقه أن يدعى مباشرة ضد الغير سىء انية بعدم صحة القيد . ويجوز للقانون السويسرى كسب ملكية المقار بالتقدم فى حالات ثلاث : (١) إذا قيد شخص فى السجل كمالك للمقار ، وكان ذلك لتقيد قد تم بدون سبب مشروع . ويشترط فى هذه الحالة أن يستمر الشخص واضحاً يده على المقار بحسن نية وهدوء ودون انقطاع لمدة عشر سنوات .
(٢) إذا وضع شخص يده كمالك على عقار مدة ثلاثين سنة ، بهدوء ودون انقطاع ، بشرط أن يطلب قيده باسمه كمالك . (٣) إذا وضع شخص يده كمالك على عقار غير مبين مالكه فى السجل ولكنه توفي أو أعلن غيابه ، على أن يستمر واضحاً يده ثلاثين سنة . ويشترط فى هذه الحالة تمام قيد المقار باسم واضح اليد صدور أمر من القاضى : وعدم حصول اعتراض على ذلك فى خلال المدة التى تحددها المحكمة لورفض الاعتراضات التى قدمت .

ثانياً - التصرفات والأحكام النهائية الكاشفة عن حق عيني أصلي (م ١٥ من قانون الشهر العقاري) .

ثالثاً - حق الإرث ومصدره واقعة مادية هي وفاة المورث ، والمهرات المثبتة لدين عاذي على المورث (م ١٣ - ١٤ من قانون الشهر العقاري) .

رابعاً - دعاوى الطعن في التصرف واجب الشهر ودعاوى استحقاق حق عيني عقارى أصلي ودعاوى صحة التعاقد (م ١٥ - ١٨ من قانون الشهر العقاري) .

خامساً - التصرفات والأحكام المتعلقة بالخلاف العينية التبعية (م ١٢ وم ١٩ من قانون الشهر العقاري) .

سادساً - بعض التصرفات المتعلقة بحقوق الملكية ، الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما (م ١١ من قانون الشهر العقاري) .
ونستبعد من بحثنا هذا :

أولاً - حق الإرث والمهرات المثبتة لدين عذر المورث ، فقد سبق أن بحثنا شهر حق الإرث وفقاً لقانون الشهر العقاري (١) ، ووفقاً لقانون السجل العيني (٢) ، كما بحثنا شهر الديون التي على المورث (٣) .

القانون السوري : أورد المشرع السوري استثناءات من القواعد المطلقة لقيد :
(١) لا يجوز للنير الذي يكسب حقاً على العقار أن يحتج بالقيد ، إلا إذا كان وقت كسبه الحق علناً بأسباب فساد التصرف أو بطلانه . (٢) لمالك الحق الحقيقي لا يسرى دهمي تعويض ضد الشخص الذي قيد العقار باسمه وكان عالم بأنه لا سق له من (٢) إذا أجرى القيد نتيجة خطأ أو إعمال من الموظفين المختصين . جاز لمن أصابه ضرر بسبب ذلك أن يرفع دهمي تعويض ضد الدولة وفقاً لقواعد المسؤولية الإدارية - ولا يسرى التقادم المكسب في مواجهة المالك المقيد حقه في السجل .

القانون العراقي : يجوز الحكم بخلاف مضمون سند الطابور إذا ثبت دهمي لاستحقاق ، فيصدر حكم بإبطال سند الطابور الذي بيد المدعى عليه وتصحيح قيد الطابور باسم المستحق وإعطائه سنداً جديداً . والأصل أن التقادم لا يسرى في مواجهة المالك المقيد ، ومع ذلك يجوز لواقع اليد على العقار أن يكسب ملكيته بطريق التقادم إذا تمكن من قيده باسمه وكان يستند في وضع يده إلى سبب صحيح كالإرث والوصية والبيع ، على أن تبدأ مدة التقادم اعتباراً من تاريخ القيد .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ - فقرة ٧٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧١ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٤ - فقرة ٢٩ .

ثانيا - التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية النבעية ، إذ أن بحثها يكون عند الكلام في التأمينات العينية في الجزء العاشر من الوسيط .

ثالثا - بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية ، أى الإيجارات إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالفات والحالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، فهذه قد سبق بحثها عند الكلام في عقد الإيجار في الجزء السادس من الوسيط .

ويبقى إذن للبحث هنا :

أولا - التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله .

ثانيا - التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عيني أصلى .

ثالثا - الدعاوى الخاضعة للشهر .

المطلب الأول

التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله

§ ١ - التصرفات والأحكام الواجبة الشهر

١٣٠ - العقود الواجبة الشهر : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩ من قانون الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية » (١) . ويخضع هذا النص للتسجيل ، لا العقود فحسب ، بل أيضا التصرفات الصادرة من جانب واحد ، وكذلك الأحكام النهائية .

فالعقود الواجبة التسجيل بموجب هذا النص هى :

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ١ / ٧ من المشروع) .

ويطابق النص فى قانون التسجيل المسمى المادة ٢٦ / ١ من قانون .

(١) العقود المنشئة لحق عيني عقار - أصلي . مثل ذلك عقد ينشئ حق انتفاع أو حق استعمال على عقار ، أو حق سكنى ، أو حق ارتفاق . أو حق حكر . أما حق الملكية فلا ينشئ العقد ، لأن الإنشاء معناه الإيجاد . والملكية لا توجد ابتداء إلا بالاستيلاء . والاستيلاء ليس بعقد ولا هو يتصرف قانوني . وإنما هو واقعة مختلطة . اختلطت فيه الحيازة المادية وهي عنصر مادي بارادة المستولى في أن يملك في الحال وهي عنصر ارادي ، ولكن العنصر المادي هو المتغلب ، ومن ثم الحق الاستيلاء بالوقائع المادية (١) . وعلى ذلك لا يعتبر الاستيلاء تصرفا قانونيا ، ولا يكون واجب التسجيل .

(٢) العقود الناقلة لحق عيني عقارى أصلي . وعلى رأس هذه الحقوق العينية العقارية الأصلية التي ينقلها العقد حق الملكية في العقار ، وعلى رأس العقود الناقلة للملكية عقد البيع . ومن ثم كان عقد بيع العقار هو الذي يؤخذ عادة نموذجا للعقود واجبة التسجيل ، وما يسرى عليه في هذا الشأن يسرى على سائر العقود الناقلة للملكية وللحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى . ومن العقود الناقلة لحق الملكية في العقار ، إلى جانب البيع ، ومن ثم يجب تسجيلها . المقايضة في العقار ، والوفاء بمقابل إذا كان هذا المقابل عقارا ، وهبة العقار ، والشركة إذا قدم الشريك عقارا حصة له في الشركة . وقد ينقل العقد حقا عينيا عقاريا أصليا آخر غير حق الملكية ، فيجب تسجيله . من ذلك أن يبيع المنتفع حق انتفاعه في العقار ، أو يهب هذا الحق ، أو يقدمه حصة في شركة ، أو يقدمه مقابلا لوفاء دين . وما يقال عن حق الانتفاع يقال عن حق الارتفاق ، فيبيع مالك العقار حق ارتفاق مقرررا لمصلحة عقاره تبعا لبيع هذا العقار ، أو يهب هذا الحق مع العقار ، أو يقدمه مع العقار حصة في شركة ، أو يقدمه مع العقار مقابلا لوفاء دين .

(٣) العقود المغيرة لحق عيني عقارى أصلي . ويمكن التمثيل لعقد مغير لحق الملكية على عقار . بعقد يجعل هذه الملكية قابلة للتصرف فيها بعد أن كانت مقترنة بالشرط المانع من التصرف . وبعقد ملكية الأسيرة . كذلك

يمكن التمثيل لعقد مغير لحق الانتفاع على عقار لمدة معينة ، بعقد يطيل هذه المدة أو ينقص منها . ويمكن التمثيل أيضا لعقد مغير لحق الارتفاق ، بعقد يزيد في مدى هذا الحق أو ينتقص من مداه . فهذه العقود جميعا عقود مغيرة لحق عيني عقاري أصلي ، ومن ثم تكون واجبة التسجيل .

(٤) العقود المزيلة أو المنهية لحق عيني عقاري أصلي . مثل ذلك عقد ينهى حق الانتفاع في عقار قبل انقضاء مدته ، أو عقد ينهى حق الاستعمال في عقار أو حق السكنى قبل انقضاء مدة الحق وكان كل من الحقين معقودا لمدة معينة ، أو عقد ينهى حق ارتفاق ولم تكن له مدة محددة . هذه العقود جميعا عقود مزيلة لحق عيني عقاري أصلي ، ومن ثم تكون واجبة التسجيل . وبلاحظ أن حق الملكية حق أبدي ، فلا يزول ما دام الشيء المملوك باقيا ، ومن ثم لا يتصور إبرام عقد ينهى حق الملكية .

١٣١ - التصرفات العارية من جانب واحد والواجبة الشهر : ولم يقتصر قانون الشهر العقاري ، في الإخضاع للتسجيل ، على العقود كما اقتصر قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، بل جاوز العقود إلى التصرفات الصادرة من جانب واحد . وقد قصد بذلك أن يعالج عيبا في قانون التسجيل كان ملحوظا ، إذ أدخل في حظيرة التسجيل تصرفين قانونيين صادرين من جانب واحد لم يكونا داخلين من قبل . وقد نص عليهما صراحة ، وهما الوقف والوصية ، في المادة ١/٩ منه كما رأينا . وكانا يدخلان دون نص في عموم لفظ « التصرفات » ، ولكن المشرع أراد أن يؤكد وجوب تسجيلهما بالنص الصريح . وكذلك يدخل في عموم لفظ « التصرفات » إنشاء المؤسسة ، والتصرفات الإدارية التي من شأنها إنشاء حق عيني أصلي أو نقله . فيخضع إذن للتسجيل التصرفات الآتية :

(١) الوقف : وهو تصرف قانوني صادر من جانب واحد هو الواقف ، ومن شأنه أن يغير من ملكية العقار الموقوف ، ويجعل هذا العقار غير مملوك لأحد من العباد ، وينشئ حقوقا عينية فيه للمستحقين ، ويجعله خاضعا لنظام خاص تقرر الشريعة الإسلامية قواعده في كثير من التفصيل . وقد كان الوقف لا يسجل إلا في المحاكم الشرعية قبل نفاذ قانون الشهر العقاري ،

ومنذ نفاذ هذا القانون أصبح واجب التسجيل في مكاتب الشهر العقارى لأنه يدخل فى عموم التصرفات الواقعة على عقار ، وبموجب النص كما سبق القول . وقد قلت أهمية الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى ، ولم يبق الآن إلا الوقف الخيرى وهو واجب التسجيل فى مكاتب الشهر العقارى .

(٢) الوصية : وهى تصرف قانونى صادر من جانب واحد من الموصى : فإذا وقعت على عقار نقلت ملكية ذلك العقار من الموصى إلى الموصى نه بعد موت الموصى . وقد كان قانون السجل العيى الصادر فى سنة ١٩٢٣ يخرج الوصية بائنا من منطقة التسجيل ، لأن هذا القانون كان لا يخضع للتسجيل إلا العقود فيما بين الأحياء ، الوصية ليست بعقد ، وهى فوق ذلك تكسب الملكية بسبب الوقف . وبموجب قانون الشهر العقارى هذا العيب ، واستعمل لفظ « التصرفات » بدلًا من « العقود » فيما بين الأحياء ، فدخلت الوصية فى عموم لفظ التصرفات ، إلى جانب النص عليها صراحة كما سبق القول . ومن ثم يجب تسجيل الوصية إذا وقعت على عقار ، وقد بسطنا فيما تقدم كيف يتم شهر الوصية طبقا لقانون الشهر العقارى وطبقا لقانون السجل العيى (١) .

(٣) إنشاء المؤسسة : وتنص المادة ٦٩ مدنى على أن « المؤسسة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة ، لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأى عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد إلى أى ربح مادى » . وتنص المادة ١/٧٠ مدنى على أن « يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى أو بوصية » . ويتبين من هذه النصوص أن إنشاء المؤسسة تصرف قانونى صادر من جانب واحد : ينقل ملكية المال من مالكه منشئ المؤسسة إلى المؤسسة ذاتها وهى شخص اعتبارى . فإذا كان المال عقارا ، كان إنشاء المؤسسة تصرفا قانونيا ناقلا للملكية ، ومن ثم يدخل فى عموم « التصرفات » الناقلة للملكية ، ويكون واجب التسجيل . ويستوى فى ذلك أن يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى فى حال الحياة لما قدمناه ،

أو يكون بوصية لما قدمناه ولأن الوصية بعقار يجب تسجيلها كما سبق القول .

(٤) التصرفات الإدارية : ونذكر من هذه التصرفات قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة وقرارات تقسيم الأراضي وقرارات ردم البرك والمستنقعات وقرارات طرح البحر وأكله (١) .

ففيما يتعلق بقرارات نزع الملكية . رأينا (٢) أن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ يقضى بوجوب اتباع إجراءات معينة كترع ملكية العقار للمنفعة العامة أو للتحسين . فيصدر قرار من الوزير يختص ببيان المشروع المطلوب إقراره من أعمال المنفعة العامة أو من أعمال التحسين . وتختص العقارات المطلوبة نزع ملكيتها . وتعد المصلحة القائمة بنزع الملكية كشوفاً من واقع عملية الحصر تبين فيها العقارات التي تم حصرها . وتعرض هذه الكشوف . فإذا لم تقدم اعتراضات عليها أصبحت نهائية . ويوقع أصحاب هذه العقارات نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة . أما إذا قدمت اعتراضات . أو تعذر لأي سبب آخر الحصول على توقيع أصحاب الحقوق على النماذج الخاصة بنقل الملكية ، أصدر الوزير المختص قراراً بنزع ملكية العقارات . وتودع النماذج أو القرار الوزاري الصادر بنزع الملكية في مكتب للشهر العقاري . ويترتب على هذا الإيداع بالنسبة إلى العقارات الواردة فيها جميع

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر في خصوص هذه التصرفات الإدارية أنها التصرفات التي تتناول حقوقاً عينية عقارية كتراسيم نزع الملكية والإذن الذي تعطيه الحكومة في إحياء الأرض الموات وقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر عملاً بأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ . وفي خصوص الإذن الذي تعطيه الحكومة في إحياء الأرض الموات كان القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتملك الأراضي الصحراوية يقضى بحظر تملك هذه الأراضي (إلا في مناطق معينة لا يشملها الحظر تحدد بقرار وزير الحربية) إلا باذن يصدر من وزير الحربية . وهذا الإذن كان واجب التسجيل . ثم ألغى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، ويقضى هذا القانون الأخير بأن تكون الأراضي الصحراوية ملكاً خاصاً للدولة ، ويملكها الأفراد لاستصلاحها بطريق انشاء مزارع من الدولة (أنظر آند فقرة ١٨) . وبديهي أن عقد البيع الصادر من الدولة بتسليم أحد الأفراد أرضاً صحراوية يجب تسجيله ، شأنه في ذلك شأن عقود البيع .

(٢) أنظر التوسيط : فقرة ٣٩٠ .

الآثار المترتبة على شهر عقد البيع . فتنقل القرارات من ملكية أصحابها الخاصة إلى الملكية العامة . ونرى من ذلك أن القرار الوزاري الصادر بترع الملكية . وهو قرار إداري ناقل للملكية ، يجب شهره بطريق إيداعه في مكتب الشهر العقاري .

وفيما يتعلق بقرارات تقسيم الأراضي : يقضى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتقسيم الأراضي المعدة للبناء بأن يقدم صاحب الأرض المراد تقسيمها مشروعا بالتقسيم . يترك فيه المسافات اللازمة للشوارع والميادين والحدائق والمنزهات ، ويصدر بهذا المشروع مرسوم (قرار جمهوري) ينشر في الجريدة الرسمية . ويجب تسجيل قرار التقسيم في مكتب الشهر العقاري ، ويمر بمراحل الشهر التمهيدية . وترفق به خريطة يبين فيها التقسيم وما يتضمنه من منافع ، ويودع معه صورة من قائمة شروط بيع أجزاء الأرض المقسمة . ولا تعتبر الشوارع والميادين والمرافق الأخرى داخلة في أملاك الدولة العامة إلا من تاريخ تسجيل قرار التقسيم . وهنا نرى أيضا قرارا إداريا ، وهو القرار الصادر بمشروع التقسيم . واجب التسجيل ، لأنه ينقل ملكية أجزاء من الأرض المقسمة - الميادين والشوارع والمرافق الأخرى - إلى أملاك الدولة العامة .

وفيما يتعلق بقرارات ردم البرك والمستنقعات ، خول القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٦ الخاص بردم البرك والمستنقعات ومنع إحداث الحفر وزارة الصحة والمجالس البلدية والإقليمية الحق في استصدار قرارات بترع ملكية البرك والمستنقعات لتباشر ردمها أو تجفيفها ، وهذه القرارات بترع الملكية ، وهي قرارات إدارية ، خاضعة للشهر بطريق التسجيل . وقد أجاز القانون المذكور للمالك المتزوعة ملكيته استرداد هذه الملكية ، في مقابل الوفاء بتكاليف الردم أو التجفيف ورد الثمن الذي يكون قد قبضه ، ويسقط هذا الحق إذا لم يستعمل في ميعاد لا يتجاوز سنة من تاريخ إتمام الردم أو التجفيف . ويتم الاسترداد إما بعقد أو بقرار وزاري ، ويجب شهر العقد أو القرار الوزاري بطريق التسجيل دون رسم نسبي حتى ترد الملكية لصاحبها السابق .

وفيما يتعلق بقرارات طرح النهر . كان القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ يقضى بتوزيع الطرح على مستحقيه من أصحاب أكل النهر على مقتضى قواعد معينة . ويكون التوزيع بقرار يصدره وزير المالية والاقتصاد ، ولهذا القرار الإداري قوة الورقة الرسمية . ويجب تسجيله دون رسم نسبي . ويؤشر به بعد تسجيله في تكليف المالك الذي صدر القرار لصالحه . وقد قدمنا (١) أن هذا القانون قد ألغاه القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ . ثم ألغى هذا القانون بالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ . وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . ومنذ صدور قانون سنة ١٩٥٧ استحدثت قاعدة جديدة هي تعويض أصحاب الأكل تعويضا نقديا لا تعويضا عينيا ، ويبيع طرح النهر لصغار المزارعين على الوجه المبين في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (٢) . وبموجب هذا القانون الأخير المعمول به الآن تتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي حصر مقدار طرح النهر وأكله في كل سنة ، وبصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أو من ينييه بتحديد تاريخ حلو طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا . ويودع هذا القرار في مكتب الشهر العقاري المختص بغير رسوم . ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية .

١٣٢ - الأوامر المنشئة الواجبة الشهر : رأينا (٣) أن المادة ١/٩ من

قانون الشهر العقاري توجب تسجيل « الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك » . أي لشيء من « التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله » . وإذا فهمنا النص على هذا النحو . كانت الأحكام المثبتة لتصرف من التصرفات المشار إليها هي الأحكام الصادرة في دعاوى صحة التعاقد (٤) . فالأحكام المثبتة للعقود

(١) أنظر آتفاقرة ٩٥ .

(٢) أنظر آتفاقرة ٩٥ .

(٣) أنظر آتفاقرة ١٣٠ .

(٤) أنظر في هذا المعنى حامد فهمي في بحثه في نظرية التصرفات الإقرارية والإماتية

في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى (ص ٧ - ص ٦٣) فقرة ٢٢ - محمد علي عرفة ٢

فقرة ١٨١ .

المنشئة لحق عيني عقارى أصلى ؛ كإنشاء حق انتفاع أو استعمال على عقار أو إنشاء حق سكنى أو حق ارتفاق أو حق حكر ، هى الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بإنشاء هذه الحقوق . والأحكام المثبتة للعقود الناقلة لحق عيني عقارى أصلى ، كنقل حق الملكية أو حق الانتفاع ، هى الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بنقل هذه الحقوق ، وعلى رأسها دعوى إثبات صحة التعاقد فى بيع العقار وهى الدعوى التى تقصد عادة إذا أطلقت عبارة « دعوى صحة التعاقد » . وكذلك قل عن الأحكام المثبتة للعقود المذمومة لحق عيني عقارى أصلى ، والأحكام المثبتة للعقود المزيله أو المنهية لحق عيني عقارى أصلى (١) . ومن ثم تكون كل هذه الأحكام النهائية واجبة التسجيل بموجب نص المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى .

ولكن قد يعترض على هذا الفهم بأن قانون الشهر العقارى قد خص « دعاوى صحة التعاقد » بالذكر ، ولم يذكرها فى المادة ١/٩ منه ، بل ذكرها فى المادة ٢/١٥ ضمن الدعاوى الواجبة التسجيل . وهذا الاعتراض لا يؤثر فى وجوب شهر الأحكام النهائية الصادرة فى دعاوى صحة التعاقد ، وإنما تكون هذه الأحكام واجبة الشهر . وجب المادتين ١٥ و ١٦ من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون ، ولكنها تكون واجبة الشهر على كل حال . ويبقى بعد ذلك ، إذا اعتدنا بهذا الاعتراض ، أن نحدد ماهى الأحكام النهائية الواجبة التسجيل بموجب المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى . ولما كانت هذه المادة مأخوذة من المادة الأولى من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، فإن الرجوع إلى المادة الأولى مالفة الذكر ، وهى تقول « الأحكام النهائية التى يترتب عليها شئ من ذلك » ، بين أن المقصود هو الأحكام النهائية التى يترتب عليها إنشاء حق عيني عقارى أو نقله أو تغييره أو زواله . ولا يوجد حكم بنشئ حقا عينيا عقاريا أو تغييره أو يزيله ، لأن الأحكام هى فى الأصل مقررة للحقوق لا منشئة ولا مغيرة

ولا مزيلة . ولكن توجد أحكام تنقل حق الملكية ، فهي من ناحية تعتبر أحكاما منشئة لا أحكاما مقررة . ومن هذه الأحكام أحكام مرسى المزاد ، ومنها أيضا الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة على الرأى الذى أخذت به محكمة النقض .

فأحكام مرسى المزاد فى العقار تصدر عقب انتهاء المزايدة لأول مرة ، أو عقب زيادة العشر ، أو عند إعادة البيع على مسئولية المشتري المتخلف ، وذلك طبقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات . وفى جميع الأحوال يصدر حكم مرسى المزاد بديباجة الأحكام ، ويشتمل منظوقه على أمر للمدين أو للحائز بتسليم العقار للرأى عليه المزاد (م ٦٨٥ مرافعات) . ويقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوى الشأن بطلب تسجيل حكم مرسى المزاد خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره ، ويكون الحكم المسجل سنداً بملكية من رسا عليه المزاد (م ٦٨٧ مرافعات) . ومع ذلك لا يكون حكم مرسى المزاد ناقلاً للملكية ، ولكنه يعتبر كاشفاً عنها ، فى حالتين : (١) إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته ورسا المزاد على أحد الشركاء ، فإن رسو المزاد هنا يعتبر قسمة لا بيعاً فيكون كاشفاً عن الملكية لا ناقلاً لها ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى القسمة فى الجزء الثامن من الوسيط . ويجب على كل حال تسجيل الحكم بمرسى المزاد هنا ، ولكن التسجيل يكون بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون . (٢) إذا رسا مزاد العقار المرهون على الحائز لهذا العقار ، فإن الحائز الذى رسا عليه المزاد فى هذه الحالة يكون مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصيل ، ويكون حكم مرسى المزاد كاشفاً عن هذه الملكية لا ناقلاً لها . وتنص المادة ١٠٧٥ مدنى فى هذا المعنى على أنه « إذا تزعت ملكية العقار المرهون ، ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ، ورسا المزاد على الحائز نفسه ، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصيل ، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة » . وهذا لا يعنى حكم مرسى المزاد فى هذه الحالة من الشهر ، ولكن الشهر يكون بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ،

لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون . والشهر هذا لا يكون بالتسجيل . وإنما يكون بالتأشير بحكم مرسى المزارد في هامش تسجيل السند الذى تملك الحائز بموجبه العقار أصلاً وفى هامش تسجيل إنذار الحائز . وتنص المادة ٦٨٨ مرافعات فى هذا المعنى على أنه « إذا رسا مزارد العقار على الحائز ، لا يكون تسجيل حكم مرسى المزارد واجبا ، ويؤشر بالحكم فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلاً . وفى هامش تسجيل إنذار الحائز » .

أما الحكم الذى يصدر بثبوت الشفعة ، فقد نصت المادة ٩٤٤ مدنى فى خصوصه على ما يأتى : « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (١) . وليس هناك شك فى أن الحكم النهائى بثبوت الشفعة يجب تسجيله حتى تنتقل الملكية من البائع إلى الشفيع ، ولكن يقرم الشك فى تحديد وقت انتقال الملكية ، وفيما إذا كان هذا الحكم بثبوت الشفعة ناقلاً للملك أو كاشفاً عنه . ومنعروض لهذه المسألة عند الكلام فى الشفعة (٢) ، ويكفى هنا أن نقرر أن الرأى الذى استقر فى القضاء هو أن الحكم بثبوت الشفعة هو حكم ناقل للملك ، ومن ثم يجب تسجيله طبقاً لأحكام المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى (٣) .

(١) وكذلك يجب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة حتى يكون حجة على الغير ، يصريح نص المادة ١/٩٤٢ مدنى إذ تقول : « . . . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل » .

(٢) أنظر مايل فقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٣١ .

(٣) محكمة الاستئناف بدوائرها المحترمة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ المحامة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ - نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة صر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ - ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام للنقض ٢ رقم ٦٧ ص ٢٥١ .

وسرى عند الكلام فى الشفعة أنها سبب من أسباب كسب الملكية ، ففى توافرت شروط الأخذ بالشفعة وأعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بها ، فقد حل محل المشتري فى البيع الصادر من البائع وأصبح هذا البيع صادراً له مباشرة ، فننتقل إليه الملكية بحلوله محل المشتري وتسجيل الحكم بثبوت الشفعة . فالحكم بثبوت الشفعة فى ذاته ليس إذن ناقلاً للملك فى رأينا ، بل هو كاشف عن ثبوت الحق فى الشفعة . فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتباره أنه حكم ناقل كما تنهض محكمة النقض . ولا يمكن أن يكون على اعتباره أنه حكم بتصرف . ناقلاً كان هذا التصرف أو كاشفاً =

٢٥ - ما يترتب على الشهر من أثر

أولاً - التصرف أو الحكم قبل أنه شهر :

١٣٣ - في قانونه الشهر العقارى : تنص الفقرتان ٢ و ٣ من المادة ٩

من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » (١) . ويفهم من هذا النص

= لأنه لا يقضى بحصول تصرف ما ، وإنما يقضى بحصول وائمة الشفعة وهى واقعة مركبة وليست تصرفاً محضاً كما سبق القول . وفى رأينا أنه كان يحسن إفراد نص خاص فى قانون الشهر العقارى يقضى بوجوب تسجيل الحكم بالشفعة حتى تنتقل الملكية للشفيع ، فيكون هذا النص هو الذى تشير إليه المادة ٩٤٤ مدق إذ نقول كما رأينا : « الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وقد ورد هذا النص الخاص فعلاً فى قانون السجل المبنى ، إذ تنص المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه « يجب التأشير بإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى صحف الوحدات العقارية ، ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد فى السجل أن يكون حصة على من ترتبت لهم حقوق عينيه ابتداء من تاريخ التأشير المذكور » .

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ١/٧

من المشروع) . وأضيف فى آخره فقرة جديدة تجرى على الوجه الآتى : « ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر الشهر على القدر الذى قضى له به . كما يجوز له قصر الشهر على المقاررات المفضى له بها فى جهة معينة » . فإذا صدر حكم نهائى يثبت لشخص ملكية عقارات متعددة ، أو يثبت له مع آخرين ملكية عقار ، فإنه يستطيع ، عند تسجيل هذا الحكم ، أن يقصر التسجيل على المقاررات المفضى له بها فى جهة دون أخرى فيجربى بذلك المقاررات المفضى له بها ، أو يقصر التسجيل على القدر الذى قضى له به دون القدر الذى قضى به لآخرين معه فيجزئ بذلك الحكم الذى قضى لمصلحته ولمصلحة آخرين معه . والظاهر أن الغرض من هذه التجزئة هو التيسير على أصحاب الشأن ، حتى لا يلزموا بدفع رسوم الشهر كاملة عن جميع المقاررات المفضى بها أو عن جميع المقار المفضى به لأشخاص متعددين . وهذا مماثل لماضى به المشروع (وقانون الشهر العقارى الحالى) من جواز قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وما قضى به المشروع من قصر شهر الحكم النهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد عليها على حصة أحد الشركاء كما سيجىء .

أن التصرف أو الحكم غير المسجل لا ينشئ ولا ينقل ولا يغير ولا يزيل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى ، لا بالنسبة إلى الغير وليس في هذا جديد فقد كانت هذه هي القاعدة في التقنين المدني السابق ، ولا بين ذوى الشأن وهذا هو الجديد فقد كان التصرف أو الحكم غير المسجل في عهد التقنين المدني السابق ينشئ أو ينقل أو يغير أو يزيل الحق العيني فيما بين ذوى الشأن . فتجريد التصرف أو الحكم غير المسجل من هذا الأثر فيما بين ذوى الشأن كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى ، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم . وتوخيا للإيجاز ، نمثل للتصرف أو الحكم الذى من شأنه أن ينشئ أو ينقل أو يغير أو يزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية ، بعقد البيع الذى من شأنه أن ينقل ملكية العقار . فنقتصر من التصرفات والأحكام فى عمومها على عقد البيع ، ونقتصر من الآثار على النقل دون الإنشاء والتغيير والإزالة ، ونقتصر من الحقوق العينية العقارية الأصلية على حق الملكية دون الحقوق العينية الأخرى . وذلك لأن عقد البيع الذى من شأنه أن ينقل ملكية العقار هو التصرف الذى يغلب وقوعه فى العمل ، ولأن الأحكام التى تسرى على عقد البيع فيما نحن بشأنه تسرى على جميع التصرفات الأخرى والأحكام التى من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تغير أو تزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية .

فالبيع غير المسجل إذن لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا حتى فيما بين المتعاقدين . ويترتب على ذلك أن المشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع كما دام البيع لم يسجل (١) ، فلا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى

= هذا ويمثل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ قانون الشهر العقارى فيما سنورد من أحكام . وانظر فى أن الملكية فى التقنين المدني السابق تنتقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى تسجيل العقد وفى تفضيل المشتري من المورث على المشتري من الوارث : الوسيط ؛ فقرة ٢٦٨ ، وفى أن الملكية لا تنتقل إلى الغير إلا بالتسجيل : الوسيط ؛ فقرة ٢٦٩ .

(١) وعلى ذلك إذا رهن المشتري ، قبل أن يسجل عقد البيع ، العقار المبيع ، فإن الرهن يكون صادراً من غير مالك . وإذا فسخ البائع البيع لعدم استيفائه الثمن مثلاً ، فإنه يسترد من المشتري خالياً من حق الرهن (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٥) .

استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته على العقار المبيع ، وان كان يستطيع كما سنرى أن يرفع دعوى بصحة التعاقد أو دعوى بصحة التوقيع . ويبقى البائع ما لكا للعقار المبيع (١) ، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، وإذا سلمه لم يستطع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له لأنه ضامن لاستحقاقه . ويجرى هذا الحكم على وارث البائع ، فلا يجوز له أن يمنع عن تسليم المبيع إلى المشتري أو أن يسترد منه بعد أن سلمه إياه . ولكن إذا باع وارث البائع العقار لمشتري آخر ، فإنه يكون قد باع ما يملك لأن ملكية العقار تكون قد انتقلت إليه من مورثه ، فإذا سجل وارث البائع حق الإرث وسجل المشتري منه عقد شرائه ، فضل المشتري من وارث البائع على المشتري من المورث نفسه إذا سبق الأول الثاني في التسجيل (٢) .

(١) ويترتب على ذلك أن دائن البائع يستطيع التنفيذ على العقار المبيع الذي لا يزال مملوكا لمدينه ، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص ، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ في حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري البيع (أنظر ٦١٦ مرافعات) . وانظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ - محمد على عرقة ٢ فقرة ١٨٨ .

ويترتب على ذلك أيضا أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري الذي لم يسجل عقده ، فلا يستطيع هذا المشتري أن ينقل الملكية إلى مشتريه . وقد قضت محكمة النقض بأن حق ملكية العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه . ومن ثم لا يكون لهذا المشتري أن ينقل الملكية لمن اشترى منه ، لأنها لا توول إليه هو إلا بتسجيل عقده . ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقاري نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بآليات أصل الملكية أو الحق العيني إلا المحررات التي سبق شهرها . فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذه رغم من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا ، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذي لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢ ص ٧٣) .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الممول عليه هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ، وذلك ولا على التفضلة بين آبيع الذي يصدر من المورث والبيع الذي يصدر من الوارث ، فلهذا من شخصين شغلين . وتكون العبرة بتصرف المالك =

ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعاً ، فينتج آثاره عدا نقل الملكية بالفعل . ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع ، فيلتزم بموجبه البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . وينشئ جميع التزامات المشتري ، فيلتزم بموجبه المشتري بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع (١) . ففيما يتعلق بالتزامات البائع ، يلتزم هذا بموجب البيع غير المسجل بتسليم العقار المبيع إلى المشتري ، ويجبر على التسليم حتى قبل تسجيل البيع ، وتنتقل تبعه هلاك المبيع إلى المشتري بعد التسليم ولو قبل التسجيل . وبضمن البائع للمشتري التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق ، فلا يجوز للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ضمن البائع للمشتري الأول التعرض الصادر منه الناشئ عن استحقاق المشتري الثاني للعقار . وبضمن البائع للمشتري العيوب الخفيفة ، وللمشتري أن يرجع بدعوى العيب الخفي على البائع حتى قبل أن يتسلم المبيع وحتى قبل أن يسجل البيع . وفيما يتعلق بالتزامات المشتري ، يلتزم هذا بموجب البيع غير المسجل بدفع الثمن والمصروفات وتسليم العقار المبيع ، ويستطيع البائع قبل تسجيل البيع أن يطالبه بتنفيذ كل هذه الالتزامات (٢) . ويترتب على البيع غير المسجل آثاره بوصفه بيعاً ، فيؤخذ فيه بالشفعة ، ولا يؤثر

= الحقيق ، إذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح (نفى مدني ٢٨ يونه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٧٩٤) .

وإذا لم يسجل عقد البيع ، وباع البائع العقار مرة ثانية لمشتري آخر سجل عقده ، فإن ملكية العقار المبيع تنتقل من البائع إلى هذا المشتري الثاني . ويفضل هذا المشتري الثاني الذي انتقلت إليه الملكية على أي شخص يتعامل مع المشتري الأول الذي لم يسجل عقده ولم تنتقل إليه الملكية ، كاشتر من هذا المشتري الأول ولم يسجل عقده قبل أن يسجل المشتري الثاني من البائع عقده (استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١١٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٨٦) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٢ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٦ .

عدم تسجيله في قابلية بيع ملك الغير للإبطال فاذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير وكان قابلا للإبطال (١) .

وينشئ البيع غير المسجل بوجه خاص في ذمة البائع التزاما بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري . ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لا بد فيها من تدخل البائع الشخصي إذ لا بد أن يكون مقرا بصدور البيع منه وأن يكون توقيعه مصدقا عليه ، من أجل ذلك كان للمشتري أن يطالب البائع بأن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد . ولا يكتفى المشتري بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عينا ونقل الملكية بالتسجيل عن طريق دعوى صحة التعاقد (٢) .

١٣٤ - في قانونه السجل العيني : والبيع غير المقيّد في السجل العيني ، عند ما يكون نظام السجل العيني نافذا ، هو أيضا لا ينقل الملكية إلى المشتري ، ولا يترتب عليه من الأثر سوى الالتزامات الشخصية فيما بين البائع والمشتري وتنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٦ من قانون السجل العيني في هذا المعنى على ما يأتي : « ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المقيّدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن » .

وكل ما ذكرناه في شأن البيع غير المسجل في قانون الشهر العقاري (٣) ، يصدق بالنسبة إلى البيع غير المقيّد في السجل العيني . فالمشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع ما دام البيع لم يقيد في السجل العيني ، ويبقى البائع مالكا

(١) أنظر في ذلك الوسيط : ٢٧٧ . ولكن البيع المسجل لا يصلح سببا صحيحا في التقادم المكسب القصير لوردد نص صريح يقضي بأن يكون السبب الصحيح مسجلا (م ٩٦٩ / ٣ مدني) .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط : ٢٧٣ - وفي دعوى صحة التعاقد الوسيط : ٤ فقرة ٢٧٤ - وفي دعوى صحة التوقيع الوسيط : ٤ فقرة ٢٧٥ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٣٣ .

للعقار المبيع ، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، كما يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .. ويلتزم المشتري ، بموجب البيع غير المقيد ، بدفع الثمن والمصروفات ، وتسليم المبيع . ويفضل المشتري من وارث البائع على المشتري من المورث نفسه ، إذا سبق الأول الثاني إلى قيد عقده في السجل العيني . ويؤخذ في البيع غير المقيد بالشفعة ، كما يؤخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . ويبدو أن البيع غير المقيد في السجل العيني لا يزال ينشئ التزاما بنقل الملكية في ذمة البائع (١) .

ثانيا : التصرف أو الحكم بعمره بشهر :

١٣٥ - في قانونه الشهر العقاري : ونتخذ هنا أيضا عقد البيع المسجل

(١) ولكن هل يجوز تنفيذ هذا الالتزام عينا ، كما يجوز تنفيذه عينا في قانون الشهر العقاري عن طريق دعوى صحة التعاقد ؟ ورد في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني ، في خصوص المحررات التي يجوز قبولها لإجراء تغيير في البيانات الواردة في السجل العيني وحصرها في قسمين ، ما يأتي : « (انقسم) الأول : المحررات الموثقة الصادرة من يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل . عل أن الرسمية لا تعتبر ركنا في التعاقد ، ولكنها شرط جوهري لقيد المحررات في السجل ، بحيث لا يسوغ قيدها استنادا إلى عقد عرفي ولو صدر به حكم بصحة التعاقد . والظاهر من ذلك أنه طبقا لقانون السجل العيني ، يبقى عقد البيع العرفي غير المقيد منشأ لالتزامات شخصية ، ومنها الالتزام بنقل الملكية . ولكن هذا الالتزام ينقل الملكية لا يمكن تنفيذه عينا ، ونقل الملكية بالفعل ، إلا إذا قيد البيع في السجل العيني . والبيع لا يجوز قيده في السجل العيني إلا إذا كان موثقا في محرر رسمي ، ولا يسوغ قيد البيع العرفي في السجل ولو صدر به حكم بصحة التعاقد . ويخلص من ذلك أن البيع العرفي غير المقيد ، طبقا لقانون السجل العيني ، ينشئ التزاما بنقل الملكية ، ويلزم البائع باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقلها . ومن هذه الإجراءات أن يشارك البائع المشتري في توثيق محرر رسمي بالبيع ، حتى يمكن قيد البيع في السجل العيني . فإن امتنع البائع عن توثيق البيع ، لم يعد هناك سبيل لقيد البيع في السجل العيني ، ولو عن طريق حكم بصحة التعاقد يصدر بناء على عقد البيع العرفي . ومن ثم لا يكون أمام المشتري إلا مطالبة البائع بالتعويض ، لامتناعه عن القيام بالتزامه من توثيق البيع تمهيدا لقيد في السجل العيني . فإن أنكر البائع صدور البيع العرفي منه أو أنكر صحته ، وجب على المشتري رفع دعوى واستصدار حكم بصحة التعاقد ، ولكن هذا الحكم لا يمكن قيده في السجل العيني كما سبق القول . وكل ما يستطيع المشتري في هذه الحالة ، وقد ثبت صحة البيع بالحكم الصادر في هذا الشأن ، هو أن يطالب البائع بالتعويض لإخلاله بالتزامه من اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوثيق البيع . ويكون موقف المشتري بعد صدور الحكم بصحة التعاقد هو نفس موقفه بالنسبة إلى عقد بيع عرفي لم ينكر البائع صحته . في الختام لا يستطيع المشتري ، إذا امتنع البائع عن توثيق عقد البيع ، إلا أن يطالب بالتعويض .

نموذجاً للتصرف أو الحكم المسجل ، لنفس الاعتبارات التي قلعتها (١) .
وغنى عن البيان أن جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يسجل تبقى قائمة
بعد أن يسجل البيع . فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ، منشأ
لالتزامات في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع ، ومنشأ
لالتزامات في جانب البائع هي تسليم العقار المبيع وضمان التعرض والاستحقاق
وضمان العيوب الخفية . ويؤخذ في البيع المسجل بالشفعة بداهة ، ويصلح
البيع المسجل سبباً صحيحاً في التقادم المكسب القصير ، بل أصبح البيع
المسجل دون البيع غير المسجل هو الذي يصلح سبباً صحيحاً في التقادم المكسب
الطويل في التقنين المدني الجديد (م ١٦٩ / ٣ مدني) ، ويبقى بيع ملك الغير
قابلاً للإبطال قبل التسجيل وبعده .

ويزيد البيع المسجل في آثاره على البيع غير المسجل في أنه ينقل ملكية
العقار فعلاً من البائع إلى المشتري ، وذلك فيما بينهما وبالنسبة إلى الغير .
ويشترط في ذلك أن يكون العقار وقت البيع مملوكاً للبائع فلا ينقل بيع
ملك الغير الملكية ولو سجل البيع ، وأن يكون البيع جدياً غير صوري وغير
مزور ، وأن يكون صحيحاً فالبيع الباطل لا ينقل الملكية ولو سجل . ويستخلص
ذلك من طبيعة التسجيل والمهمة التي يقوم بها ، فالتسجيل في قانون الشهر
العقاري ، بخلاف القيد في قانون السجل العيني ، مهمته شهر المحرر على
علاته . والبيع بعد التسجيل يبقى كما كان قبل التسجيل ، فإن كان صادراً
من غير المالك لم ينقل الملكية بالرغم من تسجيله ، وإن كان صورياً أو مزوراً
يبقى بعد التسجيل كذلك ، وإن كان باطلاً يبقى بعد التسجيل على بطلانه
إذ التسجيل لا يصحح البطلان . فالذي ينقل الملكية إذن ، في نظام الشهر
العقاري ، هو العقد ذاته وليس التسجيل (٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٣ .

(٢) وتقرب بحكمة النقض من ذلك إذ تقول : « إن الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده ،
وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصل أساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تيمم
وهو التسجيل . وإذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لا يصححها التسجيل (نقض
مدني ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٨ ص ١٨٣) . وتقرب حسن كيرة ص ٩
وص ١١ (وإذا جاز أن يقال إن العقد المسجل وهو الذي ينقل ملكية العقار واقعة مركبة من
نصرف قانوني هو العقد ومن واقعة مادية هي التسجيل ، وجب أن يقال أيضاً إن عنصر
التصرف القانوني في هذه الواقعة المركبة هو التصرف الغالب ، والواقعة للمركبة كالواقعة
المختلطة قد يشغل فيها عنصر على عنصر آخر) .

ونتابع البيع المسجل في نقله الملكية فيما بين التفتين . وفي نقله الملكية بالنسبة إلى الغير :

١ - فالبيع المسجل ينقل الملكية ، على النحو الذي تنص عليه المادة ، فيما بين المتعاقدين . ويترتب على ذلك أن يكون للمشتري حق التصرف في العقار المبيع باعتباره مالكا ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أفلس البائع بعد التسجيل وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تفضيصة البائع باعتباره قد أصبح مالكا له دون أن يزاحمه فيه دائرو البائع . والرأى الذي استقر عليه القضاء والفقه هو أن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل ، فليس لانتقالها أثر رجعي يستند إلى وقت البيع . بهذا صرحنا المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقاري (١) ، وعلى هذا جرى قضاء محكمة النقض (٢) . وهناك رأى معارض يذهب إلى أن للتسجيل أثرا رجعيًا فيما بين المتعاقدين ، أما

(١) وقد جاء فيها ما يأتي : « أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة (التاسعة) ، فهما مطابقتان لفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالي (قانون التسجيل) . ولم ير إجراء أي تعديل في نصهما ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض والإبرام تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضي بأن الحقوق المبنية المشار إليها في هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعي ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه . »

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الذي يقضي برفض دعوى الشفعة بناء على أن الشفع لم يكن مالكا فعين المشفوع بها يوم اشتراها يل من تاريخ تسجيل عقد الشراء ، لا يكون مخالفاً للقانون في نفيه الأثر الرجعي للتسجيل . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وحيث إن استناد أثر الشرط إلى الماضي . . إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين ، أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا . ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق الموتر . غير أن الشارع قد لاحظ أن المتعاقدين إذ يطلقان اتفاقهما على شرط - أي على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد - يكونان جاهلين بمآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف ، فقدر أنهما لو كانا على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التقدير أو الفرض القانوني قامت نظرية الأثر الرجعي لشرط ، ولا يبررها في الشرائع التي أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة المتعاقدين ، فنصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ (من قانون السابق) التي قررت الأثر الرجعي لشرط في باب التعهدات والتمرد ، وعلى ذلك فالحكم -

بالنسبة إلى الغير (١) فليس له بطبيعة الحال هذا الأثر ولا تنتقل الملكية بالنسبة إلى الغير إلا من وقت التسجيل .

ونحن نؤثر هذا الرأي المعارض ، لأنه هو الرأي الذى يتفق مع طبيعة عقد البيع وطبيعة نظام التسجيل ومتنضبات الصناعة القانونية ، وقد أسهنا في الدفاع عن هذا الرأي عند الكلام في عقد البيع (٢) . وبيننا أن القول بالأثر الرجعى أكثر امتساعاً من ناحية الصناعة القانونية ، إذ هو الذى يفسر تفسيراً مستساغاً أن ثمر المبيع ونماءه يكون للمشتري من

لأنه يتفق هذا النص في غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط بعبارة ردوداً إلى إرادة الشارع - كشرط التسجيل لنقل الملكية - لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضى . وحيث إنه فضلاً عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعى لتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . وذلك لأن هذا القول يشير من جديد التمييز بين الغير وبين المتعاقدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضيف جزاء عدم التسجيل ، في حين أن واضح القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحمل المتعاملين على المبادرة إلى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات المقارنة المرجو إنشاؤها في المستقبل . (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة هـ ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٩٧ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ - ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩) .

وانظر في تفصيل الرأي الذى استقر عليه القضاء والفقهاء من أنه ليس لتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨١ - وانظر في استقرار الفقه على هذا الرأي الوسيط ٤ فقرة ٢٨١ ص ٥١٢ هامش ١ - يضاف محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٠٧ فقرة ٢٠٩ - حسن كيرة ص ٥٩ .

(١) والمقصود بالغير كل شخص يثبت له على المقار المبيع حق عيني مصدره تصرف قانوني يخضع للشهر ، ويقوم هذا الشخص فعلاً بشهره . فإذا باع شخص عقاراً ، وقبل تسجيل عقد البيع باعه إلى مشتر ثان أو رهنه لدائن مرتين ، فلا يكتفى لاعتبار المشتري الثانى للعقار أو الدائن المرتهن غيراً أن يتم البيع أو الرهن ، بل يجب أيضاً على المشتري الثانى أن يسجل عقد البيع الصادر له ، وعلى الدائن المرتهن أن يقيد عقد الرهن ، حتى يمكن اعتبارهما من الغير . فإذا شهر كل منهما حقه على هذا الوجه ، لم يجوز للمشتري الأول من البائع أن يحتج عليهما بمقدمه إلا من وقت تسجيل هذا العقد ، فإذا كان لم يسجل أو سجل بعد تسجيل البيع الثانى أو بعد قيد الرهن منذ البيع الثانى أو الرهن في حق المشتري الأول .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ - فقرة ٢٨٦ .

وقت تمام البيع لا من وقت تمام التسجيل ، وعليه تكليف المبيع من وقت تمام البيع كذلك (م ٤٥٨) . وهو الذى يفسر تفسيراً مستساغاً أيضاً أن البائع إذا أحدث بناء فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع يعامل معاملة البائى بسوء نية فى أرض غيره . وهو الذى يفسر تفسيراً مستساغاً كذلك أنه إذا تصرف المشتري فى المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه يعتبر فى بعض الفروض فى منزلة من يتصرف فيما يملك (١) .

ثم بينا أن هناك فروضاً يكون فيها القول بالأثر الرجعى ليس فحسب القول الأكثر الاستساغة من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق . وتقتصر هنا على الإشارة إلى فرضين من الفروض الخمسة التى سبق أن ذكرناها . فلو فرضنا مشترياً لعقار لم يسجل عقده ، ويبيع عقار مجاور لهذا العقار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده ، فلو أخذنا بالأثر الرجعى لاعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى ، وهذا ما فعلته محكمة النقض ، فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة . ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى ، وإعطاء المشتري الحق فى الأخذ بالشفعة (٢) . ولو فرضنا أن شخصاً باع داراً وقبل أن يسجل المشتري

(١) أنظر فى تفصيل كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ - وقد عقينا على ذلك بما يأتى : « والواقع من الأمر أننا نواجه فى الأمثلة التى قلناها الموقف الآتى : المشتري لم يسجل عقد شرائه ، ولكنه حصل فعلاً على المزايا التى كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة البيع من هذا الوقت ، ويستطيع أن يتصرف فى البيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبني فى الأرض المبيعة وإلا اعتبر بائناً فى أرض غيره . ونريد أن نعمل هذه المزايا . فبدلاً من تعليلها التعليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأن متى سجل المشتري العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فسأع أن يحصل على المزايا المتقدمة الذكر . فلجأ إلى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص ، وجانب الإغراب فى جميعها ظاهر . (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ ص ٥٢٤) .

(٢) وقد ذكرنا تعقيباً على ذلك : « ولوقلنا بالرأى الذى ذهب إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفعيع يكون فى هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع للمشتري العقار المشفوع به ، فلو كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه . ولاشك فى أنه بين -

عقد شرائه أجر البائع الدار لشخص آخر ، ثم سبل المشتري . فاذا أخذنا بالأثر الرجعي لكانت ملكية الدار قد انتقلت إلى المشتري قبل صدور عقد الإيجار ، فلا يسرى الإيجار في حق المشتري . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فان ملكية الدار لا تنتقل إلى المشتري إلا من وقت إجراء التسجيل ، أى في وقت تال لصدور الإيجار ، فيسرى الإيجار في حق المشتري . ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعي هنا أيضا ، فلا يكون الإيجار ساريا في حق المشتري (١) .

وبينا بعد ذلك أن القول بالأثر الرجعي هو الذى يتفق مع القواعد العامة ، ذلك أن مهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصى وهو النظام المعمول به في قانون الشهر العقارى هى إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالعقد في هذا النظام هو الذى ينقل الحق . أما مهمة القيد في نظام السجل العيى فهى نقل الحق ، إذ للقيد في هذا النظام وليس العقد هو الذى ينقل الحق (٢) .

= المالكين المتعاقبين - البائع للمعار المشفوع به والمشتري إياه - المشتري هو لباقي مجاوراً للمعار وهو الأولى بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قبل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتهايات الأسباب لكبه ، (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٨) . (١) ويمكن القول أيضاً ، في عهد قانون الإصلاح الزراعى ، إنه أوباع شخص لآخر أرضاً زراعية بعقد ثابت التاريخ قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون ، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشتري من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى لا بعد نفاذه ، وقد يترتب على ذلك نتائج هامة (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٨ هامش ٢) .

وانظر في تفصيل الفروض الخمسة التى ذكرنا أن للقول بالأثر الرجعى فيها هو القول الحق : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ .

(٢) وقد ذكرنا بعد ذلك : ويجب إذن ، في نظام الشهر الشخصى ، أن يؤدى كل من العقد والتسجيل مهمته في حدودها المرسومة . فينقل للعقد الملكية إذ هو السبب في نقلها ، ولا يتراخى السبب عن السبب إلا لما منع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من إعمال السبب في الحال ، والتسجيل ليس بمانع ، فهته كما قلنا إعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فهما اذان بأشراء . أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من إعمال السبب في الحال ، فوجب أن يتراخى السبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهى إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام ، في نظام شهر شخص أن يتراخى =

وبيتاً أخيراً أن القول بالأثر الرجعي لا تعارض مع نصوص القانون ،

= انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، والا تنقلنا إلى نظام الشهر العيني في ناحية منه دون أن نختاط النواحي الأخرى . ولكن المشرع ، في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري ، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة إن هذه خطوة أراد بها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية ، يتحتم عليه أن يحمل التسجيل ذاته لا العقد هو الذي ينقل الملكية . أما إذا جعل البيع هو الذي ينقل الملكية ، وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، فمضى ذلك أن التسجيل هو الذي ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع . ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخطط بين نظامين متعارضين ، نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني . أما ونحن لا نزال في نظام الشهر الشخصي ، ولا نزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو السبب القانوني في نقل الملكية ، فلا بد من إعمال البيع وإنتاج أثره في الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغي أن ينقلها في الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضى إعلام الغير بالبيع وهذه هي مهمة التسجيل ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ - وهذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل - في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . ولما كاف نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً في ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطابقة للنص ، ووجب القول في الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لامن وقت التسجيل مطبوعة لمبادئ العامة ، ولطبيعة البيع الذي لا يزال هو السبب في نقل الملكية ، ولمهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي التي لا تزيد على إعلام الغير بوقوع التصرف ولا شأن لها في العلاقة ما بين المتعاقدين (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ - ص ٥٣٢) . وانظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ .

وذكرنا أيضاً في هذا المعنى : « والواقع أننا نشك كثيراً في فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء في نظام الشهر الشخصي . فادعنا في هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فإن هذه القاعدة المستحدثة لا تترتب عليها أهمية كبيرة . وأكبر خطر يتعرض له المشتري المتقاعد من التسجيل لا يزال هو خطر تصرف البائع إلى مشتر آخر وسبق هذا إلى تسجيل عقده ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إل قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إلى قلعة انتقالها بالتسجيل في حق الغير . أما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهميته العملية حقاً إلا في نظام الشهر العيني حيث التسجيل ذاته هو الذي ينقل الملكية ، فيجب إذن أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ هامش ٢) . وانظر في أن نفي الأثر الرجعي لم يكن من شأنه أن يباين الناس إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ هامش ٢ .

فالمادة التاسعة من قانون الشهر العقارى توجب تسجيل البيع ، وترتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل ، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل ، انتقلت الملكية به فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . هذا كل ما ورد في النص صراحة أو دلالة ، ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا ما سجل البيع . فوجب أن نرجع فى ذلك إلى مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون الشهر العقارى . فمهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فما دامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك . ثم صدر التقنين المدنى الجديد بعد صدور قانون الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما فى العقار فلا تنتقل الملكية . ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد » (١) .

٢ - والبيع المسجل ينتقل الملكية ، على النحو الذى قدمناه أيضاً (٢) ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ - وانظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٦ .

(٢) أى إذا كان البيع صادراً من المالك للعقار المبيع ، وكان يماً جدياً لا صورياً ولا مزوراً ، ولم يشبه البطلان . وقد سبق أن قلنا فى هذا الصدد : « ويشترط فى التفضيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فإذا صدر تصرف من المالك ، فضل ولولم يسجل على تصرف من غير المالك ولوسجل ، ولكن المشتري من غير المالك يملك بالتقادم الحسى إذا سجل عقده وكان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صورى ، فضل عليه التصرف الصحيح النافذ ولوسجل بعد ذلك » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٧ ص ٥٣٦ هامش ٢) . وقد قضت =

بالنسبة إلى الغير (١) . ولا يكون انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير إلا من وقت إجراء التسجيل ، ما في ذلك من خلاف . والأصح أن يقال إن الملكية تنتقل بالبيع . ولكن انتقالها لا يكون نافذاً في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . فلو أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له لمشتري ثم باع نفس العقار لمشتري ثان ، وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثاني يعتبر من الغير بالنسبة إلى المشتري الأول ، ولا يخرج عليه بالبيع الصادر إلى المشتري الأول إلا من وقت تسجيله ، أي في وقت متأخر عن تسجيل عقده هو . ومن ثم لا ينفذ في حقه البيع الأول ، وبذلك يفضل على المشتري الأول (٢) . ولكن هل يشترط في تطبيق هذه القاعدة ، وتفضيل المشتري الثاني على المشتري الأول في الفرض الذي نحن بصدده ، أن يكون المشتري الثاني حسن النية وقت أن اشترى . أي إذا يعلم أن هناك مشترياً سبقه إلى شراء العقار وأن هذا المشتري لم يسجل عقده ؟ عرضنا لهذه المسألة بالتفصيل عند

= محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد أسست قضاءها بالملكية على عقد الشراء وعلى تسجيل الحكم الصادر بصحة التوقيع عليه إلى جانب صورية عقد الشراء الآخر الصادر من البائع نفسه وانعدام أثر تسجيله ، فإن ذلك تسبب كاف لقيام الحكم (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام ص ٧٠١) . وقضت أيضاً بأنه إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة ، فإنه يكون باطلاً ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلاً ، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً . وإن المفاضلة بين عقدي بيع صادرين من مالك واحد بأسبقيات التسجيل ، لا تكون إلا بين عقدين صحيحين (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٠٠ ص ٦٥٥) .

(١) فإذا باع المالك عقاره لمشتريين متعاقبين ، فأسبقهما في التسجيل هو المالك . وإذا ادعى المشتري الآخر أنه ملك العقار بالتقدم ، فعليه هو إثبات ذلك (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٤٧ ص ٩٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشتري قد سجل عقده الذي شل الأطلاق موضوع عقد البدل المبرم بين البائع والطاعن قبل أن يسجل الطاعن صحيفة دعواه بصحة ونفاذ عقد البدل ، فإن ملكية هذه الأطلاق تكون قد انتقلت إلى المشتري من تاريخ تسجيل عقده ، ولم يمد بذلك لعمد البدل محل يرد عليه . فإذا قضى الحكم المطعون فيه ، في هذه الحالة ، برفض طلب صحة ونفاذ عقد البدل ، فإنه لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٩٧ ص ٧٠٨) .

الكلام في البيع (١) ، واستعرضنا فيها العهود الثلاثة : عهد التقنين المدني السابق ، وعهد قانون التسجيل ، وعهد قانون الشهر العقاري .

ففي عهد التقنين المدني السابق ، كان الرأي الراجح هو اشتراط حسن النية في التسجيل حتى ينتج أثره . فاذا كان المشتري الثاني الذي سجل أولاً يعلم وقت أن اشترى أن هناك مشترياً سبقه إلى شراء العقار ولم يسجل عقده ، فيبادر هو إلى التسجيل ، فإن التسجيل في هذه الحالة لا ينتج أثره لعدم توافر شرط حسن النية ، ومن ثم يفضل عليه المشتري الأول (٢) .

وفي عهد قانون التسجيل ، ذهبت محكمة النقض إلى أنه لا يشترط في التسجيل حسن النية ، فينتج التسجيل أثره حتى لو كان المشتري الثاني سيء النية يعلم وقت أن اشترى بسبق تصرف البائع في العقار المبيع ، بل وحتى لو كان المشتري الثاني متواطئاً كل التواطؤ مع البائع على حرمان المشتري الأول من الصفقة ، فلا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية ولا بتواطئه مع البائع (٣) .

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٩٠ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٨ .

(٣) نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٨ ص ٩٧٥ - ٦٥ أبريل

سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ - ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣

ص ١١٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ - وقد قلنا في هذا

العدد : « فارتفعت محكمة النقض بالتسجيل ، هذا الرأي الذي اعتنقه ، إلى أعلى مرتبة من

القوة . ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشتري الأول ، الذي تواطأ البائع والمشتري الثاني على

الإضرار بحقه ، يصبح محروماً من الحماية . لا يستطيع هذا المشتري حقاً أن يتعرض لتسجيل

فيبطله لتواطؤه . ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض ويتقاضاه بما عنده من مال ، إن

كان البائع موسراً . فإذا كان ممسراً وكان البيع المسجل هو الذي سبب الإضرار أوزاد فيه ،

جاز للمشتري الأول أن يظن في البيع المسجل بالدعوى البولية ، ولكن لا لتثبيت ملكيته

في العقار المبيع ، بل لتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له ، ويزاحمه في ثمن العقار دائنو

البائع الآخرون على النحو الذي قدمناه . وإذا كانت محكمة النقض ، بقضائها هذا ، مدفوعة

إلى تحصين التسجيل من كل طعن وتقويته إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل في نظام السجل

المقار ، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشهر الشخصي الذي لا تزال

فيه حتى اليوم . ففي نظام السجل المقار يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة ، لأن هناك =

وفي عهد قانون الشهر العقاري ، وهو المبدأ الخاسر ، فإن محكمة النقض ، بعد أن قصد واضعو قانون الشهر العقاري باعتماد إبراد من صريح في هذه المسألة أن يتركوها لحكم المبادئ العامة (١) . بقيت مع ذلك مصرة على المبدأ الذي قرره في عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى التصورية أو بالدعوى البولصية (٢) . وقد بينا أن الموقف الذي نراه متفقاً مع المبادئ العامة

ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام يؤمن بها المتعاملون من أن تضع عليهم حقوقهم . فلا يسجل مقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحري ، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحصاً دقيقاً ، ثم يعرض من يضار بهذا النظام تعريضاً تكفله عزالة السجل العقاري ذاتها . أما هذه الضمانات لا تزال تعوز النظام الشخصي القائم ، فلا ترى بدا من الاعتداد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل ، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشتري الأول أن المشتري الثاني الذي سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٩ ص ٥٤١ - ص ٥٤٤ - وانظر في تفصيل ما كان القضاء يجري عليه في عهد قانون التسجيل : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٩) .

(١) وذلك بعد أن انتزع واضعو قانون الشهر العقاري من النصوص أقوى حجة كانت محكمة النقض تستند إليها ، فقد كانت المادة الثانية من قانون التسجيل تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، وكانت المادة الأولى من هذا القانون تغفل هذا النص في العقود المنشئة ، فسهل على محكمة النقض استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة المكسية . فأغفل قانون الشهر العقاري النص في المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك في المادة التاسعة منه في العقود المنشئة ، فلم يعد من المستطاع استخلاص عدم فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة المكسية في طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس في التسجيل واحداً في الطائفتين معاً ، وموكلولا أمره إلى المبادئ العامة (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٦) .

(٢) نقض مدق ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ - ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ - أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠ ص ١٥٣٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٩ ص ١٥٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٦ ص ٣٣٠ . ونابغ قضاء محكمة النقض كثير من الفقهاء (انظر في ذلك تروسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥٠ مائش ٢ - ويضاف إلى الفقهاء المشار إليهم في الوسيط : محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩٤ - فقرة ١٩٩ - حسن كيرة ص ١١) .

هو استبعاد الرأى الذى يشترط حسن النية لصحة التسجيل لتطرفه من ناحية ، وكذلك استبعاد الرأى الذى أخذت به محكمة النقض من أن التواطؤ ذاته لا يبطل التسجيل لتطرفه من الناحية الأخرى (١) . ويجب إذن الوقوف

— وفيما يتعلق بالدعوى البولصية قضت محكمة النقض بأنه إذا تحققت الشروط المقررة للطن بالدعوى البولصية ، فإن موذى ذلك أن تعود ملكية المين المتصرف فيها إلى البائع ، ويكون من حق المشتري الذى لم يسجل عقده بوصفه دائناً بالتفنيد عليها جبراً استيفاء لدينه . وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشتري إلى بحث عقده الابتدائى ومطالبته بالحكم بصحة ونفاذه ، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشتري الذى سجل عقده بحملة بحق المشتري الذى لم يسجل بوصفه دائناً للبائع ، وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية المقار الذى يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٨ ص ١١٨٥) .

وقد وصلت محكمة النقض ، فى . اعتناق الرأى الذى تأخذ به ، إلى أبعد مدى ، إذ قضت بأن المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى جاءت خلواً بما يميز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ . ومفاد ذلك ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، هو إجراء المعاملة عند تراحم المشترين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ، ولونيب إلى المشتري الذى يادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع ، طالما أنه تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله . ولا يغير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه بلجهة الشهر ، إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لا تنال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق . ولا يغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش وتواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه بمصلحة الشهر العقارى لعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التى تقضى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى . ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يعمد أن يكون تبياناً للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المخررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد . وإذا لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته ، فإن الأفضلية تكون لمن سبق إلى تسجيل التصرف الصادر له ، ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق . وليس لصاحب الطلب السابق ، إن صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ ، سوى طلب التمييز يوجهه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٩ ص ٢٩٥) — وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٩٨ ص ٧٢٣ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٩ ص ١٥٣ .

(١) وقد قلنا فى صدد الرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض : « ومهما يكن من شنيع للرأى الذى نصر عليه محكمة النقض . فإنه رأى تناهضه الاعتبارات العملية ، ولا تنهض به الاعتبارات العملية . أما الاعتبارات العملية فترجع إلى نص من قانون الشهر العقارى ذاته »

عند الرأى الوسط ، وهو الرأى الذى لا يشترط ما عدا من الية لصحة التسجيل ولكنه يجعل التواطؤ مبطلاً له . ذلك أن هذا الرأى الوسط يدعم نظام التسجيل ، دون إغراق يعرض معالج الناس للخطر . فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية ، حتى لا يتزعزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ . فكل تصرف يكون ثمرة التواطؤ لا يسرى تسجيله فى حق الغير ، وبذلك لا تتعرض مصالح الناس للضياع عن طريق التدليس والغش (١).

— ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة إليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت محكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل ، عندما كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكثيفة ويسكت عن هذا الشرط فى العقود المنشئة . فجاءت نصوص قانون الشهر خلوها من هذا التميز ، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه النصوص عن طريق الدلالة العكسية ، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك . هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جمعت مكانها حجة على هذا الرأى . فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النية للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا يثبت حسن النية ، فمن البديهي أن المشتري الثانى الذى تواطأ مع البائع . والذى سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل سنده ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الحاطر . فهو إذن سىء النية ، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشتري الأول الذى سجل دهموى صحة التعاقد بسبق تسجيله لسنده . ثم إن المبادئ العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقها الحكم فى هذه المسألة ، تستعصى على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة للتدليس والتواطؤ ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف . والاعتبارات العلمية هى أيضاً لا تنهض بالرأى الذى تنهب إليه محكمة النقض . فتحن لانزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم تنتقل بعد إلى نظام الشهر العيني . فن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العيني أحد مقوماته الجوهرية ، وهو الحجة المطلقة للسند ولوطن فيه بالتواطؤ ، لنظام شهر شخصى لانزال الثقة فى تحرى صحة السندات المسجلة تموزه . ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تعويض من يضاربه ، كما هو الأمر فى نظام الشهر العيني . يشهد بذلك من خبروا نظام الشهر القديم فى ناحية العلمية (الوسيط : ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥١ - ص ٥٥٣) . وانظر عبد الفتاح عبد الباقي فى عقد البيع ص ١٧٢ - شمس الدين الوكيل فى أثر الفس على الأسمية فى التسجيل عند تراحم المشترين لمقار واحد فى مجلة كلية الحقوق ٨ ص ٦٣ .

(١) أنظر فى تفصيل كذا ذلك الوسيط : ٤ فقرة ٢٩٠ . وقد قلنا فى توجيه الرأى الذى تنهب إليه من أن التواطؤ يفسد التسجيل : « ونستطيع أن نوجه هذا الرأى من ناحية أخرى =

١٣٦ - في قانونه السجل العيني : جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يقيد في السجل العيني تبقى قائمة بعد أن يقيد في هذا السجل . فيبقى البيع بعد قيده ، كما كان قبل قيده ، منشأاً للالتزامات شخصية في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . ومنشأاً للالتزامات شخصية في جانب البائع هي تسليم العقار المبيع وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويؤخذ في البيع المقيد بداهة بالشفعة .

ويزيد البيع المقيد في آثاره على البيع غير المقيد في أنه ينقل ملكية العقار فعلاً من البائع إلى المشتري ، وذلك فيما بينهما وبالنسبة إلى الغير . والذي ينقل الملكية هنا ، بخلاف ما قررناه في قانون الشهر العقاري ، هو نفس القيد في السجل العيني وليس عقد البيع . وقد قدمنا أن التسجيل في قانون الشهر العقاري مهمته شهر المحرر على علته ، فيبقى البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل ، فإن كان باطلاً يبقى على بطلانه لأن التسجيل لا يصحح البطلان ، والذي ينقل الملكية في قانون الشهر العقاري هو العقد ذاته وليس التسجيل (١)

= بأحد طريقتين : الطريق الأول ، وهو الطريق المألوف ، يكون بالقول بأن الفسخ ينفذ التصرف ، فالمقد المسجل إذا كان ثمرة الفسخ والتواطؤ وجب أن يكون باطلاً ، والتسجيل لا يصححه . أو يقال إن المشتري الثاني المتواطئ مع البائع قد أضر بالمشتري الأول ، فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض هو التعويض العيني ، فلا ينفذ البيع المسجل في حق المشتري الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته في العقار المبيع بتسجيل منده والطريق الثاني . هو الطعن في العقد المسجل بالدعوى البرولسية . ونسأير في هذا الطريق بحكمة النقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البرولسية عندما يتركز حق الدائن في عين مملوكة للمدين (أنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠) . . . وفي الحالة التي نحن بصددنا قد تركز حق المشتري الأول في العقار المبيع ، فيعتبر البائع في حالة إفسار باسمي المقصود في الدعوى البرولسية مادام المشتري الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلاً من التعويض ، بالتنفيذ العيني . فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ العيني وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع في هذا الخصوص معسراً حتى لو كانت عنده أموال كافية تنق بتعويض المشتري الأول عن قوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالدعوى البرولسية ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويملكه بعد ذلك بتسجيل منده (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥٤ - ص ٥٥٥) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

أما في السجل العيني فالأمر يختلف ، فجرد القيد في السجل له حجية مطلقة ، وهو الذى ينقل الملكية كما قدمنا . وإذا قيد البيع في السجل العيني ، لم يعا من الحائز الطعن فيه بالتزوير ، ولا بأنه صادر من غير مالك . وجميع البيانات الواردة في السجل العيني تعتبر صحيحة ، ولها حجية مطلقة في حق جميع الناس ، وتصل هذه الحجية إلى حد أنه لو قيد عقد البيع في السجل العيني فانتقلت الملكية إلى المشتري بهذا القيد ، بى المشتري مالكا للعقار المبيع حتى لو خرج العقار من تحت يده إلى يد حائز استمر واضعا يده عليه المدة المقررة للتقادم ، ولا بتملك الحائز العقار بالتقادم . وتنص المادة ٣٧ من قانون السجل العيني في هذا المعنى على أنه : يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولا يجوز التمسك بالتقادم متى خلاف ما هو ثابت بالسجل » (١) . ذلك أن قانون السجل العيني يتحرى في إجراءاته أقصى ما يمكن من الدقة حتى لا يثبت فيه من البيانات إلا ما كان صحيحا ، سواء عند قيد الحقوق في صحائفه لأول مرة ، أو بعد قيدها وورود تصرفات عليها فيما بعد . ففى القيد الأول تكفلت المواد ١٠ - ٢٠ من قانون السجل العيني بوضع إجراءات دقيقة لهذا القيد حتى يطابق الحقيقة بقدر المستطاع ، وتكفلت المواد ٢١ - ٢٥ من نفس القانون بتنظيم إجراءات تكفل التثبت من صحة البيانات الواردة بالسجل عن طريق فتح باب المعارضة فيها لجميع ذوى الشأن ، والبت فيما عسى أن يقدم من الاعتراضات بواسطة لجنة قضائية يجوز استئناف أحكامها أمام محكمة الاستئناف . وعند التصرف

(١) وهذا هو مبدأ القوة المطلقة للقيد . وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني . في هذا الصدد : « يقضى مبدأ القوة المطلقة - وهو من المبادئ الأساسية في نظام السجل العيني - بأنه إذا اكتسب شخص حقاً على عقار تأسيساً على قيود وتأثيرات في السجل ، فإن هذه القيود تعتبر دليلاً على مشروعية الحق الذى اكتسبه في مواجهة الغير . ويعتبر أنه اكتسب الحق من المالك الحقيقي ، ويبقى له ما اكتسب حتى ولو كان اكتسابه من غير مالك . وأخذاً بهذا المبدأ نصت المادة ٣٧ على أن يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التمسك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل . فعطرت بذلك التمسك بالتقادم - كقاعدة عامة - في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فن أثبت اسمه في السجل كمالك للعقار يصح في ما من تام من أن يفاجأ بأدعاء أى منتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل » .

في الحقوق ، لا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادة المستخرجة من السجل العيني (م ٤٨ من قانون السجل العيني) ، وإذا قام اعتراض رفع الأمر إلى اللجنة القضائية للبت فيه على الوجه المبين في قانون السجل العيني . لهذا كله يكون مستساغاً أن تكون للبيانات الواردة في السجل العقاري هذه الحجية المطلقة ، وهذه الحجية هي حجر الزاوية في نظام السجل العيني كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون السجل العيني وهي تعدد مزايا هذا النظام ، فتجعل على رأسها « تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل ، إذ أنه بمجرد إثبات البيان في السجل يصبح هذا البيان ممثلاً للحقيقة ونقياً من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضي مواعيد الطعن المنصوص عليها في المشروع أو الفصل نهائياً فيما قد يرفع من طعون . ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد في السجل العيني ، ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ، ومعناه أن كل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير . وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كما لك للعقار في حماية من كل دعوى غير ظاهرة في السجل ، مما يقتضى أن يوثق بالدعوى التي ترفع ضد البيانات المدرجة في السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التي تستمد من القيد فيه » . وتعدد المذكرة الإيضاحية أيضاً من مزايا نظام السجل العيني « حظر التملك بالتقادم ، كقاعدة عامة ، في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فمن أثبت اسمه في السجل كمالك للعقار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل . ورعاية لوضع اليد المستقر في ظل القانون القائم ، نص المشروع على طريقة القيد في السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار فعلاً بوضع اليد قبل العمل به ، كما نص على فترة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم ، وكل ذلك على التفصيل الموضح بالمشروع » (١) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ١٢٨ في آخرها بخاش .

ونتابع هنا البيع المقيد في السجل العيني ، تابعنا انبيع المسجل في مكتب الشهر العقارى ، في نقله الملكية فيما بين المتعاقدين ، وفي نقله الملكية بالنسبة إلى الغير .

١ - فالبيع المقيد في السجل العيني ينتقل الملكية فيما بين المتعاقدين ويترتب على ذلك أن يكون للمشتري حق التصرف في العقار المبيع باعتباره مالكا ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أفلس البائع بعد قيد البيع في السجل العيني وقبل تسليم العقار المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تفليسه البائع باعتباره قد أصبح مالكا له دون أن يزاحمه فيه دائر البائع . وهنا لا مجال للخلاف في أن الملكية تنتقل للمشتري ، حتى في العلاقة بينه وبين البائع . من وقت قيد البيع في السجل العيني ، لا من وقت إبرام البيع ، فليس للقيد أى أثر رجعى . وإذا صح أن يقوم خلاف في قانون الشهر العقارى إذا كان للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين (١) . فهذا الخلاف لا يصح أن يقوم في قانون السجل العيني ، إذ الملكية فيه تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت القيد ، وليس للقيد أثر رجعى ما في ذلك من ريب . والذي دعا للخلاف في هذه المسألة في قانون الشهر العقارى هو أن الملكية فيه تنتقل بالبيع لا بالتسجيل كما أسلفنا ، فأمكن القول بأن الملكية تنتقل من وقت إبرام البيع فيما بين المتعاقدين ، ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . أما في نظام السجل العيني فالملكية تنتقل بالقيد لا بالبيع كما سبق القول ، فلم يعد هناك شك في أنها لا تنتقل إلا من وقت تمام القيد ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو كان فيما بين المتعاقدين . فالقيد وحده هو الذى ينقل الملكية . وبتمامه ، ومن وقت تمامه ، تنتقل ، حتى فيما بين المتعاقدين . وإذا كانت محكمة النقض تصر على أن الملكية في قانون الشهر العقارى تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل كما سبق أن بينا (٢) ، فليس ذلك في نظرنا إلا تعجلا لترتيب النتائج التى تستخلص من نظام السجل العيني . وقد رتبنا على

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٥

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

التسجيل ما لا يترتب إلا على القيد اسبقا للحوادث ، ونهيدا لإدخال نظام السجل العيني ، وتأليفا للمتعاملين على خصائص هذا النظام حتى قبل دخوله . وقد بينا أن ذلك لا يخلو من خلط بين نظامين متعارضين لكل نظام خصائصه : نظام الشهر الشخصي ونظام السجل العيني (١) .

٢ - والبيع المقيد في السجل العيني ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير . ولا يكون انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بداهة إلا من وقت إجراء قيد

(١) أنظر آنفا ص ٢٦٦ هامش ٢ - ونذكر هنا ، على سبيل المثال ، حالتين أخذت محكمة النقض في إحدهما بحل يتفق مع الأثر الرجعي للتسجيل وعلته بعملة أخرى ، وأخذت في الحالة الثانية وهي تطبيق قانون الشهر العقاري بحل لا يتفق إلا مع السجل العيني : (الحالة الأولى) إذا بنى البائع في الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع ، فقد اعتبرته محكمة النقض في حكم الباني بسوء نية في أرض غيره ، ولا يستقيم ذلك إلا مع القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، وإن كانت محكمة النقض عللت ذلك بأن البائع ملتزم بتسليم العقار المبيع بحالته التي هو عليها وقت البيع . وهذه الحالة لو طبق عليها قانون السجل العيني يختلف حلها ، إذ لا مجال للقول بالأثر الرجعي في هذا القانون كما بينا . فلا مناص إذن من القول بأن البائع قد بنى في ملكه لا في ملك غيره ، مادام أنه قد أقام البناء قبل قيد البيع في السجل العيني . فإذا طالبه المشتري بتسليم الأرض بالحالة التي كانت عليها وقت البيع ، أجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى أصلها . وإذا أراد المشتري استبقاء البناء ، وقبل البائع منه ذلك ، ولم يتفق معه على القيمة التي يدفعها ، طبقت قواعد الإثراء على حساب الغير ودفع المشتري أدنى القيمتين ، ما أنفقه البائع في البناء وهو القدر الذي افتقر به أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء وهو القدر الذي أغنى به المشتري . ويجوز للبائع أن يهدم البناء مع إعادة الأرض إلى أصلها ، حتى لو أراد المشتري استبقاء البناء فهو لا يستبقيه إلا إذا رضى البائع بذلك . ويتبين مما قدمناه أننا هنا نطبق القواعد العامة ، ولا نطبق قواعد الالتصاق . (الحالة الثانية) إذا بيع عقار مجاور للعقار المبيع وتوافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب المشتري الأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده ثم سجل العقد . فهذا لم تطبق محكمة النقض الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، واعتبرت المشتري الذي يطلب الأخذ بالشفعة غير مالك للعقار المشفوع به إلا من وقت التسجيل ، فلا يحق له الأخذ بالشفعة . وهذا الحل لا يستقيم إلا في نظام السجل العيني ، ففي هذا النظام لا يمكن القول بأن المشتري الذي يطالب بالشفعة أصبح بعد أن قيد عقده مالكا بأثر رجعي فيحق له الأخذ بالشفعة . ولا مناص من القول بأنه لا يملك الأرض المشفوع بها إلا من وقت قيد البيع في السجل العيني ، ومن ثم لا تتوفر فيه شروط الأخذ بالشفعة . ويجب في هذه الحالة التسليم بأن البائع للأرض المشفوع بها لا يزال مالكا مادام عقد البيع لم يقدر ، ويكون هو الذي توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة . فإن أخذ العقار المجاور بالشفعة ، جاز له فذلك أن يبيعه لمن اشترى منه الأرض أو لغيره ، وجاز له أيضا أن يستبقيه لطلبه .

البيع في السجل العيني . فلو أن شخصا باع عقارا لمشتري ، وقبل أن يقيد هذا المشتري عقد البيع باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري ثان وقيد هذا المشتري الثاني البيع قبل أن يتمكن المشتري الأول من قيد عقده ، فإن المشتري الثاني دون المشتري الأول هو الذي تنتقل إليه الملكية . ويكون هذا القيد صحيحا ، ويحتج به على المشتري الأول ، ولو كان المشتري الثاني سىء النية وقت أن اشترى أى كان يعلم بسبق تصرف البائع في العقار ، بل ولو كان متواطئا مع البائع ، فإن القيد في السجل العيني لا يفسده سوء النية ولا يفسده التواطؤ لأن له حجية مطلقة كما قدمنا . وهذا بخلاف التسجيل في قانون الشهر العقاري ، فقد قدمنا (١) أنه إذا كان سوء النية لا يؤثر في صحته فإن التواطؤ يفسده ، لأن التسجيل ليست له الحجة المطلقة التي للقيد . وقد رأينا أن محكمة النقض قضت بغير ذلك ، بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل في قانون الشهر العقاري . وقد تعجلت محكمة النقض هنا ، كما تعجلت في نفي الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، النتائج التي لا تستخلص إلا من نظام السجل العيني ، وذلك سعيًا منها دائمًا في التمهيد لاتصال نظام السجل العيني . وقد كادت في سبيل ذلك أن تعطى للتسجيل الحجة المطلقة التي للقيد ، مع فرق ما بين النظامين ، ومع ما في نظام السجل العيني من ضمانات قوية تعزز نظام الشهر الشخصي ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٢) . ونرى أنه في نظام السجل العيني إذا اقترن القيد بالتواطؤ ، وطعن المشتري

(١) أنظر آنا فقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر آنا ص ٣٧٩ هامش ٣ - وهذا ما يقوله الدكتور محمود شوق ، وكان الأمين العام لمصلحة الشهر العقاري فخير نظام الشهر الشخصي من الناحية العملية : « ولا عبرة لقول بأن قانون تنظيم الشهر العقاري قد أخذ بجميع إجراءات نظام السجل العيني ، وعلى هذا يجب أن يكون لإجراء التسجيل حجة مطلقة قبل الكافة . إذ أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليس إلا خطوة تمهيدية اتخذت في سبيل الإصلاح النهائي المرتقب ، والذي يجب أن يملك فيه السجل العيني . وهذا السجل لا يدرج فيه محرر إلا بأمر من القائم على هذا السجل ، والقائم على أمر السجل يكون عادة قاضيا من القضاة النظاميين . أما وهذا النظام العيني المحكم لم ينفذ بعد ، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل الشخصي عموما ، وعلى الأخص في مصر حيث الملكية المقاربة مازالت في حاجة إلى كثير من العناية والدقة لتضبط على أساس سليم » (محمود شوق في الشهر العقاري علما ومعلما ص ٢١٣ - ص ٢١٤) .

الأول الذى لم يقيد عقده بالدعوى البولصية فى البيع الصادر للمشتري الثانى الذى قيد عقده ، فان هذا الطعن لا يؤثر فى القيد بالرغم من اقترانه بالتواطؤ ، لأن القيد فى السجل العيني له حجية مطلقة كما قدمنا . ولا يستطيع المشتري الأول إلا أن يرجع بالتعويض على كل من البائع والمشتري الثانى متضامنين لتواطؤهما ، وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية . وإذا كان عقد البيع يفسده التواطؤ ، فان التواطؤ لا يفسد القيد ، والملكية قد انتقلت إلى المشتري الثانى بالقيد لا بعقد البيع .

المطلب الثانى

التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عيني عقارى أصلى

§ التصرفات والأحكام الواجبة الشهر

١٣٧ - العقود الكاشفة الواجبة الشهر : تنص المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها . . . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان محلها أموالاً موروثة (١) » . ويخضع هذا النص للتسجيل ، لا العقود الكاشفة فحسب ، بل أيضاً التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد ، وكذلك الأحكام النهائية الكاشفة .
مالعقود الكاشفة ، الواجبة التسجيل بموجب هذا النص ، عقدان :

(١) عقد القسمة ، أى القسمة بالتراضى ، إذا وقع العقد على عقار :

وقد قدمنا عند الكلام فى القسمة ، فى الجزء الثامن من الوسيط ، أنها كاشفة للحق . فإذا كان هناك عقار شائع بين عدة شركاء وأجرى الشركاء قسمته بالاتفاق فيما بينهم ، كانت القسمة رضائية أى عقدا أطرافه هم الشركاء فى العقار . ولما كان أثر القسمة هو إفراز حصة كل شريك فى العقار الشائع ، فيصبح الشريك مالكا لجزء مفرز من العقار بعد أن كانت حصته شائعة فيه ، فان عقد القسمة هذا وهو يتناول الملكية فيحولها من ملكية

(١) ين هذا النص على أنه فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق :

م ٢٠١/٨ من المشروع .

ويطابق فى قانون السجل العيني المادة ٢٧ من هذا القانون .

شائعة إلى ملكية مفرزة ، يكون واجب التسجيل . وتوجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، كما رأينا ، تسجيل القسمة « ولو كان محلها أموالا موروثة » . والميراث هو من أهم أسباب الشيوخ فى الملكية ، فإذا آل عقار بالميراث إلى عدة ورثة ، فانهم يملكون هذا العقار فى الشيوخ . فإذا قسموه بموجب عقد قسمة رضائية ، وجب تسجيل هذا العقد . وقد كان حق الإرث غير واجب الشهر فى عهد التقنين المدنى السابق وفى عهد قانون التسجيل ، ولم يصبح واجب الشهر إلا فى قانون الشهر العقارى . لذلك نبت رأى ، فى عهدى التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل ، يذهب إلى أنه لما كانت القسمة كاشفة عن الحق . فان القسمة بين الورثة تكون كاشفة عن حقوقهم لا منشئة لها ، ويكون سبب الملك هنا هو الإرث لا القسمة . وإذا كان الإرث غير واجب الشهر فى العهدين المشار إليهما ، فان القسمة بين الورثة ، ويرجع سبب الملك فيها إلى الإرث كما قدمنا . لا تكرر واجبة الشهر . وعيب هذا الرأى أنه إذا لم تشهر القسمة بين الورثة ، لم يستطع الغير أن يعلم إذا كان الورثة لا يزالون باقين فى الشيوخ أو أنهم قسموا التركة فيما بينهم ، ولا يأمن أن يتعامل مع وارث منهم إذ لا يستطيع أن يعلم إذا كانت حصته فى التركة قد أفرزت بالقسمة أو أنها لا تزال شائعة . لذلك قضت محكمة النقض بوجوب تسجيل القسمة حتى لو كان محلها أموالا موروثة (١) ، وردد قانون الشهر العقارى هذا الحكم بما نص عليه من وجوب تسجيل القسمة حتى « لو كان محلها أموالا موروثة » كما سبق القول .

وقد يتفق الشركاء على البقاء فى الشيوخ فى العقار لمدة لا تزيد على خمس سنوات ، فلا يجوز لأحد منهم طلب القسمة قبل انقضاء هذه المدة . ولكن هذا الاتفاق لا يسرى فى حق الخلف الخاص للشريك . كمشر لحصة هذا الشريك الشائعة ، إلا إذا سجل . فإذا سجل سرى فى حق هذا المشتري ، ولا يستطيع وقد أصبح شريكا فى الشيوخ مكان سلفه أن يطلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق على بقاء الشيوخ فيها . أما إذا لم يسجل الاتفاق ،

فانه لا يسرى في حق المشتري ، ويستطيع هذا أن يطلب القسمة في أى وقت ليفرز على الأقل حصته ، ولو كان ذلك قبل انقضاء المدة المتفق عليها . ولكن يشترط أن يكون المشتري حسن النية ، أى أنه لا يعلم بوجود الاتفاق على البقاء في الشيوع فاذا كان يعلم بوجود هذا الاتفاق سرى في حقه ولو لم يسجل .

وإذا وقع في القسمة الرضائية غبن يزيد على الخمس ، جاز للشريك المغبون نقضها ، إلا إذا أكل له الشركاء الآخرون ما نقص من حصته نقدا أو عينا . ودعوى نقض القسمة في العقار للغبن يجب تسجيل صحيفتها وتسجيل الحكم فيها ، على الوجه الذى سنبينه عند الكلام في تسجيل الدعاوى (١) . فاذا أكل باقى الشركاء حصة الشريك المغبون نقدا لوقف سير دعوى النقض ، وجب شهر السند المثبت لدفع التكملة نقدا ، سواء كان إيصالا من الشريك المغبون أو محضرا للجلسة التى تم فيها الدفع . ويكون شهر هذا السند بطريق التأشير الهامشى ، على هامش تسجيل صحيفة دعوى نقض القسمة أو على هامش تسجيل عقد القسمة نفسه ، بما يفيد هذا الدفع وانقضاء الدعوى تبعا لذلك . أما إذا أكل باقى الشركاء حصة الشريك المغبون عينا فترتب على ذلك تعديل في أنصبة الشركاء المفروزة ، فانه يصح تحرير محضر رسمى أمام المحكمة بما جرى من التعديل في أنصبة الشركاء ، وتسجيل هذا المحضر مع التأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد القسمة إن كان قد تم تسجيله . وبصح كذلك أن يحور بهذه التكملة وما تستتبع من التعديل في الأنصبة عقد بين الشركاء ، ويسجل هذا العقد بالطريقة التى تم بها تسجيل عقد القسمة الأصلى ، مع التأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد القسمة (٢) .

وفي قسمة المهايأة المكانية ، إذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة فانقلبت قسمة نهائية ، وجب تسجيلها عندئذ بنفس الطريقة التى يسجل بها عقد القسمة الرضائية .

(١) أنظر مابيل فقرة ١٤٤ .

(٢) أنظر في ذلك محمود شوق في الشهر المقارى علما وعلا ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥ .

(٢) عقد الصلح : وقد قدمنا عند الكلام في الصلح في الجزء الخامس

من الوسيط أنه عقد كاشف للملكية ، فيجب إذن تسوية إذا وقع على عقار طبقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقاري . فإذا تصالح شخصان بعقد حرراه فيما بينهما على حقوق متنازع عليها ، وكان ضمن هذه الحقوق حق عيني عقارى أصلى ، وجب تسجيل هذا الصلح . فإذا كان النزاع على دار وأرض ، وتصالح المتنازعان على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر ، وجب تسجيل عقد الصلح في مكتب الشهر العقاري الواقع في دائرته الدار ، وكذلك في مكتب الشهر العقاري الواقع في دائرته الأرض .

وقد يتضمن الصلح حقوقا غير متنازع عليها ، وفي هذه الحالة يكون له أثر كاشف بالنسبة إلى الحقوق المتنازع عليها وأثر ناقل بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع عليها . فإذا تنازع شخصان على دار وتصالحا على أن يختص أحدهما بالدار في نظير أن يعطى للآخر أرضا ، فهذا الصلح له أثر كاشف بالنسبة إلى الدار وأثر ناقل بالنسبة إلى الأرض . ويجب تسجيله بالنسبة إلى الدار في مكتب الشهر الواقع في دائرته الدار طبقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقاري ، ومن ثم يحتاج بتسجيله على الغير ، أما فيما بين المتعاقدين فلا حاجة إلى التسجيل لأن العقد يعتبر كاشفا عن الملكية كما سئرى . وكذلك يجب تسجيله بالنسبة إلى الأرض في مكتب الشهر الواقع في دائرته الأرض طبقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري ، ولا يسرى قبل التسجيل لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين لأن العقد يعتبر بالنسبة إلى الأرض ناقلا للملكية .

والحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح (jugement d'homologation) الذى تم بين الخصوم في دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء لا يعتبر حكما إلا من الناحية الشكلية ، وهو لا يخرج من الناحية الموضوعية عن كونه عقدا تم بين الخصوم في ورقة رسمية ، هي محضر الصلح ، وثقها القاضي في حدود سلطته الولاية . وهذا بخلاف الحكم الاتفاقى (jugement convenu) ، وصورته أن يعهد الخصمان في أثناء نظر الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع بانزال ما يطلبه المدعى إلى قدر معين ، فيعدل

المدعى طالبه إلى هذا القدر ، ويسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، فلا يسمع القاضي في هذه الحالة إلا أن يقضى بهذه الطلبات . والحكم الصادر على هذا النحو إنما هو في الواقع نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سمي بالحكم الاتفاقى . ولكنه يختلف في طبيعته عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، إذ هو حكم حقيقى صدر من القاضي في حدود سلطته القضائية (١) ، وسواء كان الحكم صادرا بالتصديق على محضر الصلح أو كان حكما اتفاقيا فإنه يجب في الحالتين تسجيله ، فيسجل في الحالة الأولى باعتباره عقد صلح ، ويسجل في الحالة الثانية باعتباره حكما كاشفا عن الحق كما سيجىء .

١٣٨ - التصرفات الطائفة بالصادرة من جانب واحد الواسية الشهر :

ونذكر من هذه التصرفات الإقرار للغير بملكية عقار ، وإقرار العقد الصادر من الغير ، وإجازة العقد القابل للإبطال ، وترك الحق في التقادم .

أما الإقرار (reconnaissance) للغير بملكية عقار ، فتارة يكون تصرفا إنشائيا فيجب تسجيله على أنه تصرف إنشائى بموجب المادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، وتارة يكون تصرفا كاشفا فيجب تسجيله على أنه تصرف كاشف بموجب المادة ١٠ من هذا القانون . فإذا باع شخص عقارا لشخص آخر ولم يسجل عقد البيع ، وأراد المشتري أن يتصرف في العقار بالبيع مثلا ، فطوبى بسند ملكيته فوجد أنه سند غير مسجل وأن البائع لا يزال مالكا للعقار ، جاز لهذا البائع أو لورثته أن يوقعوا مع المشتري عند البيع الصادر من هذا الأخير مقرين بملكية المشتري للعقار . ويعتبر الإقرار بالملك في هذه الحالة ، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد ، مخفيا لتصرف بالبيع صادر من البائع أو ورثته للمشتري ، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف ناقل للملك بموجب المادة ٩ من قانون الشهر العقارى . وإذا أراد مالك في الشيوع أن يتصرف في جزء مفرز من العقار الشائع ، ووقع العقد معه شركاؤه في الشيوع مقرين بملكيتهم لهذا الجزء المفرز ، اعتبر الإقرار بالملك هنا ، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد ، مخفيا لقسمة بين الشركاء في الشيوع نتج عنها إفراز حصة الشريك

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط ٥ فقرة ٣٥٥ .

المقرله بالملك ، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف كاشف عن الملك بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري (١) .

وإقرار العقد الصادر من الغير (confirmation) تصرف صادر من جانب واحد . فإذا باع شخص عقارا مملوكا لغيره ، وأقر المالك الحقيقي هذا البيع ، فإن بيع ملك الغير هنا يتقلب صحيحا بالإقرار ، وتنقل ملكية العقار للمشتري بالبيع . أما الإقرار الصادر من المالك الحقيقي فهو تصرف صادر من جانب واحد ، وهو إقرار كاشف لا نازل ، ومن ثم يجب تسجيله مع البيع على أنه من التصرفات الكاشفة بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري ، أو التأشير به على هامش تسجيل البيع إن كان البيع قد سجل (٢) .

واجازة العقد القابل للإبطال (ratification) تصرف صادر من جانب واحد ، وهو في حقيقته نزول من المتعاقد عن التمسك بحقه في إبطال العقد ، فينقلب العقد صحيحا بهذه الإجازة . فإذا باع قاصر عقارا مملوكا له ، وعند بلوغه سن الرشد أجاز العقد ، فإن ملكية العقار تنتقل إلى المشتري بالبيع . أما الإجازة فهي تصرف صادر من جانب واحد ، مثلها في ذلك مثل إقرار بيع ملك الغير في الفرض المتقدم . ومن ثم يجب تسجيل الإجازة مع البيع لتكون حجة على الغير ، وتسجل على أنها من التصرفات الكاشفة

(١) انظر محمود شوقي في الشهر العقاري علما وعملا ص ٣٢٢ - ٣٢٣ - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان مفاد إقرار صادر من المورث أن الأحيان التي اشتراها باسمه هي في حقيقتها ملك لوالده وثمنها مدفوع من ماله الخاص ، فإن هذا الإقرار ليس إلا تصرفا مقررأ للملكية لا منشأ لها ، ويكون حجة على ورثة هذا المورث بنبر حجة إلى تسجيل وفقا لقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١١٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن إجازة الورثة لوصية ليست منشئة لتحق ، حتى يستند التملك إلى الوارث . وعلى ذلك فإذا كان الإقرار الوارد بمقد صلح أبرم بين الورثة إنما هو إجازة من الابن لوصية صادرة من المورث للزوجة والبنات في حدود ثلث التركة لكل منهما ، فهو إقرار مقرر صادر من الابن لهما ، ولا يلزم تسجيل عقد الصلح الذي تضمن هذا الإقرار (نقض مدني ٧ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ١٢٦) .

بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . أو يؤثر بها على هامش تسجيل البيع إن كان قد سجل (١) .

وترك الحق فى التقادم (renonciation) تصرف صادر من جانب واحد ، وهو فى حقيقته نزول من الخصم عن حقه فى التمسك بالتقادم . فإذا حاز شخص عقارا المدة الواجبة للتمسك بالتقادم . فانه لا يملك العقار بالتقادم إلا إذا تمسك به . فإذا نزل عن حقه فى التمسك بالتقادم ، فان العقار يبقى على ملك مالكة الأصل ، وسبب الملك هنا هو السبب الأصل الذى تملك به هذا المالك ، عقدا كان أو ميراثا أو وصية أو غير ذلك . أما النزول عن التقادم فهو تصرف كاشف صادر من جانب واحد ، وقد كشف به الحائز للعقار عن أن المالك الأصل للعقار لا يزال مالكا له . فإذا صدر هذا النزول من الحائز فانه لا يسرى فى حق الغير إلا إذا سجل باعتباره من التصرفات الكاشفة بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . وعلى ذلك لو تمت مدة التقادم المكسب للملكية العقار ، ونزل الحائز عن التمسك بالتقادم ولم يسجل هذا النزول ، ثم باع هذا العقار باعتباره مالك إياه بالتقادم لشخص آخر ، جاز للمشتري أن يتمسك بالتقادم الذى تم لمصلحة البائع له (م ٣٨٧ و ٩٧٣ مدنى) ، ولا يحتاج عليه بنزول البائع عن التقادم لأن هذا النزول لم يسجل (٢) .

١٣٩ - الأنظمة الواجبة الشهر : رأينا (٣) أن المادة ١٠ من

قانون الشهر العقارى توجب تسجيل الأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . ويمكن القول هنا ، كما قلنا ، فى الأحكام المنشئة واجبة التسجيل (٤) ، أن الأحكام الصادرة بصحة التعاقد فى عقدى القسمة والصلح الواقعين على عقار هى أحكام مثبتة لوقوع عقد القسمة

(١) انظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد

السنة الأول ص ١٧ - ٦٣ فقرة ٢٠ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧٧ .

(٢) انظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد

السنة الأول ص ١٧ - ص ٦٣ فقرة ٢٢ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧٨ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٣٧ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ١٣٢ .

أو لوقوع عقد الصلح ، ومن ثم تكون أحكاما كاشفة عن حق عيني عقارى أصلى . فيجب إذن تسجيلها باعتبارها أحكاما كاشفة ، بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ولكن قد يقال هنا أيضا إن قانون الشهر العقارى قد خص ، دعاوى صحة التعاقد ؛ بالذكر فى المادة ٢/١٥ منه ضمن الدعاوى واجبة الشهر وكذلك الأحكام النهائية الصادرة فى هذه الدعاوى بموجب المادة ١٦ منه ، فهى إذن تسجل بموجب هاتين المادتين لا بموجب المادة ١٠ . ولكن يبقى بعد ذلك ، عدا أحكام صحة التعاقد ، أحكام كاشفة لاتصل بعقود سابقة ، بل هى تكشف بذاتها عن حقوق عينية عقارية أصلية ، فيجب إذن تسجيلها بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ونذكر من هذه الأحكام الحكم الصادر فى القسمة التنازلية ، والحكم الانفاق ، والحكم بارساء المزداد على الشريك ، والحكم بارساء المزداد على الحائز للعقار .

فالقسمة إذا كانت قسمة قضائية عقارية ثم بحكم هو الذى يكشف عن حقوق المتقاسمين ، ومن ثم يجب تسجيل هذا الحكم باعتباره حكما كاشفا وذلك بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ولا تخضع عريضة دعوى القسمة للشهر ، لأن هذه الدعوى ليست من الدعاوى الواجب شهرها بموجب المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى ، وإنما يجب شهرها بموجب المادة ١٠ من هذا القانون كما قدمنا .

وقد رأينا (١) أن الحكم الاتفاقي (jugement convenu, jugement d'expédient) (هو حكم يتفق عليه الخصمان وذلك بالاتفاق على تعديل طلبات المدعى ، فيسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، ويصدر الحكم بالقضاء بهذه الطلبات . فالحكم إذن نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سمي بالحكم الاتفاقي . وهذا الحكم هو حكم حقيقى صدر من القاضى فى حدود سلطته القضائية ، فاذا كان محله ملكية عقار كان حكما كاشفا عن حقوق عينية عقارية أصلية ، ووجب تسجيله على هذا الاعتبار بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى .

ورأينا (١) كذلك أنه إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته، ورسا المزاد على أحد الشركاء ، فإن رسو المزاد يعتبر قسمة لا بيعا . ويجب تسجيل حكم مرسى المزاد في هذه الحالة ، ولكن تسجيله يكون على اعتبار أنه حكم كاشف ، فيتم بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى .

ورأينا كذلك (٢) أنه إذا رسا مزاد العقار المرهون على الحائز لهذا العقار ، فإن هذا الحائز يعتبر مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي ، ويكون حكم مرسى المزاد كاشفا عن الملكية لا ناقلا . ومن ثم يجب تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه حكم كاشف ، ويتم التسجيل بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى .

أما الحكم الصادر في دعوى نقض القسمة الرضائية للغبن ، فهو لا يدخل ضمن الأحكام الكاشفة الواجب تسجيلها بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، ولكن يدخل ضمن الأحكام الصادرة في دعاوى الغرض منها الطمن في تصرف هو عقد القسمة ، فيجب تسجيل صحيفة الدعوى بموجب المادة ١٥/١ من قانون الشهر العقارى ، ويجب التأشير بالحكم بموجب المادة ١٦ من نفس القانون كما سيجىء .

§ ٢ - ما يترتب على الشهر من أثر

أولا - التصرف أو الحكم قبل أنه بشر :

١٤٠ - في قانون الشهر العقارى : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠

من قانون الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير » (٣) .

(١) انظر آنفا فقرة ١٣٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٣٢ .

(٣) بقى هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ٨/١

من المشروع) . وانظر آنفا فقرة ١٣٧ - وأضيف في آخر المادة ٨ من هذا المشروع الفقرتان ٣ و ٤ الآتيتان : « ويجوز للشريك الذى حصل على حكم نهائى بالقسمة أو بصفة التعاقد عليها أن يطلب قصر الشهر على حصته ، ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشروع . كما يجوز له قصر شهر الحكم على نصيبه في جهة معينة ، وعلى المكتب الذى تم فيه الشهر أن يحظر مكاتب الشهر الواقع بدائرتها باقى الأعيان موضوع القسمة لتأشير بذلك . وتنظم اللائحة التنفيذية طريقة الإخطار وميدوه وإجراءاته التى يحصل بها التأشير » .

ونتخذ القسمة نموذجاً للتصرفات والأحكام الكاشنة ، كما اتخذنا البيع نموذجاً للتصرفات والأحكام المنشئة أو تناقلة أو المعدلة أو المنهية ، وذلك لنفس الاعتبارات (١) .

والذى يفهم من النص سالف الذكر أن القسمة ، رضائية كانت أو قضائية ، إذا لم تسجل . فإنها تنتج مع ذلك أثرها فيما بين المتقاسمين ، ولكنها لا تكون حجة على الغير . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لذلك ، بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها ، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسوم . وبأنه لا يحتاج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة (٢) . والدبب فى أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ولو كانت غير مسجلة أنها تكشف عن ملكية الشريك المفرزة دون أن تنشئها ، والكشف عن الملكية المفرزة فيما بين المتعاقدين أمر يقع بمجرد حصول القسمة لأن القسمة هى ذاتها التى تكشف عن ذلك . ولا محل لتراخى هذا الأثر إلى وقت تسجيل القسمة ، لأن التسجيل مهمته فى نظام الشهر الشخصى هى مجرد إعلام الغير بوقوع القسمة حتى تدخل فى حسابهم عند التعامل مع الشركاء فى العقار الذى انتهى فيه الشروع بالقسمة . وهذا هو الذى يعلل أيضا أن القسمة لا تكون حجة على الغير إلا من وقت تسجيلها ، فقبل التسجيل يفترض أن الغير لا يعلم بالقسمة ، فمن حقه أن يتعامل مع الشركاء فى العقار باعتبار أنه باق على الشروع .

ويتربى على أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ولو لم تسجل أنه لو قسم عقار شائع بين شريكين ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر مالكا للحصة المفرزة التى وقعت فى نصيبه . فلو وضع أحد الشريكين يده على العقار ، كان للشريك الآخر أن يحاسبه على غلة الحصة المفرزة بالذات التى وقعت فى نصيبه ، وليس له أن يحاسبه على غلة الحصة المفرزة التى لم تقع فى نصيبه بل وقعت فى نصيب شريكه . ولو أجر أحد الشريكين الحصة

(١) أنظر آند فقرة ١٣٣ .

(٢) نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣ .

المفرزة التي وقعت في نصيبه يعتبر الإيجار صادرا من مالك ، لأن المستأجر لا يعتبر من الغير فتكون القسمة نافذة في حقه ولو قبل تسجيلها . أما إذا اجر الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب شريكه ، فإن الإيجار يعتبر صادرا من غير مالك . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم إذ قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشطة له ، وتسجيلها غير لازم للاحتجاج بها فيما بين المتعاقدين أو طرفي الخصومة في دعوى القسمة ، وإن كان واجبا بالنسبة إلى الغير وهم من لم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من بينهم المستأجر لأنه صاحب حق شخصي ، فإن هذا الذي قرره لا خطأ فيه ويتفق مع المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٦ (١) .

والجار الملاصق لأحد جانبي العقار المقسوم لا يعتبر هو أيضا من الغير لأنه ليس له حق عيني على هذا العقار ، فتنفذ القسمة في حقه ولو قبل تسجيلها ، ولكل من الشريكين أن يحتج عليه بالقسمة غير المسجلة ، كما أن له أن يحتج بهذه القسمة غير المسجلة على كل منهما . فإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها ، فاخص أحدهما بالقسم الشرقي من الأرض والآخر بالقسم الغربي ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقي أرضه ، لم يجوز للشريك الذي وقع في نصيبه القسم الغربي الأخذ بالشفعة ولو لم تكن القسمة قد سجلت . ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر ، بالنسبة إلى الجار الملاصق ، غير مالك للقسم الشرقي الملاصق للعقار المشفوع فيه ، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصح له الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الجار أن يتمسك عليه بالقسمة غير المسجلة (٢) . والذي يأخذ بالشفعة في هذه الحالة هو الشريك الذي وقع في نصيبه القسم الشرقي ، لأنه هو الجار الملاصق للعقار المشفوع فيه .

ولا يحتج بالقسمة غير المسجلة على الغير . والغير هو كل من تلقى حقا عينيا على العقار وهو لا يزال شائعا وقام بشهر عقده طبقا للقانون ، وذلك

(١) نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عام جزء ٢ ص ٨٥٥ .

(٢) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١ .

كمن اشترى قبل القسمة من أحد الشركاء في الشيوع حصته الشائعة وقام بتسجيل عقد البيع . فاذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها ، حصته شائعة في العقار المقسوم ، ومجمل المشتري البيع قبل أن تسجل القسمة ، لم يجوز للشركاء أن يحتجوا عليه بالقسمة لأنها لم تسجل قبل تسجيل البيع^(١) ، ويكون للمشتري طلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة ، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لا يزال العقار شائعا في حقه وقد أصبح شريكا على الشيوع فيه^(٢) . أما المشتري لجزء مفرز قبل القسمة ، فلا يعتبر من الغير لأنه لم يثبت له حق عيني على العقار الشائع قبل قسمته . وقد قضت محكمة النقض بأن الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع ، وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ، ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة ، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ مدني من أن التصرف الذي انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الغرض من تسجيل القسمة لإمكان الاحتجاج بها على الغير هو شهرها ، حتى يكون في استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف إليه من أحد المتقاسمين ما إذا كان العقار موضوع التصرف قد وقع في القسمة في نصيب المتصرف أو لم يقع (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٥٨ ص ٤١٢) .

(٢) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ - ولكن يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يتسك بالقسمة غير المسجلة في مواجهة الشركاء ، إذ أن القسمة غير المسجلة وإن لم يجوز للشركاء أن يحتجوا بها عليه يجوز له هو أن يحتج بها عليهم . وعلى ذلك يجوز للمشتري أن يعند بهذه القسمة ، ويستولي على حصة الشريك البائع التي أفرزت بموجب القسمة غير المسجلة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان تسجيل القسمة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه ، فإنه يكون له أن يرتضي القسمة التي تمت ، ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذي شرع لفائدته (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥ ص ٤٣) .

مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ، ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة . ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذي اختص به البائع له بموجب تلك القسمة (١) .

(١) نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣ - وانظر أيضا نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢ : - وقد قضى هذا الحكم بأنه إذا كان التصرف في الجزء المفرز لا حقا لإجراء قسمة لم تسجل ، فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف في نصيبه الذي خصص له في القسمة ، وفي هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشتري ، ولا يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها ، إما على أساس أنه لا يعتبر من الغير لأنه قد بنى حقه على أساس القسمة التي تمت لا على أساس أن الشيوع مازال قائما ، وإما على أساس أنه بشرائه الجزء المفرز الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها . (الثاني) أن يقع التصرف على جزء مفرز غير الجزء الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة - في هذه الحالة لا يترتب على المشتري حقه على أساس القسمة إذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع له ، وإنما على أساس أن الشيوع مازال قائما رغم إجراء القسمة ، ومن ثم فإن المشتري إذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر في هذا الفرض من الغير ولا يحتج عليه بالقسمة التي تمت ، ويكون له إذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة . وقد قضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا اقتسم شريكان أرضا واختص كل منهما بجزء مفرز منها ، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفرز ، فإن المشتري لهذا النصيب لا يعتبر « غيرا » بالمعنى الفني ، فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة وأن الأرض لا تزال على الشيوع ، وأنه بشرائه النصيب المفرز قد أصبح مالك على الشيوع (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) .

ويخلص من أحكام محكمة النقض ما يأتي : (١) إذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها ، حصة شائعة في العقار المقسوم ، اعتبر المشتري من الغير في القسمة ، فلا يحتج عليه بها إذا كان قد سجل سند وقبل تسجيل القسمة . (٢) إذا باع شريك قبل القسمة جزءا مفرزا من العقار الشائع ، لم يعتبر المشتري من الغير في القسمة ، ويحل فيها محل الشريك البائع له ، فيخلص له الجزء المفرز الذي اشتراه ذاته إذا وقع هذا الجزء في نصيب البائع له ، أما إذا لم يقع فإن حقه ينتقل إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب البائع له . (٣) إذا باع -

١٤١ - في قانونه السجل العيني : يختلف حكم التصرف الكاشف

غير المقيّد في قانون السجل العيني عن حكم التصرف الكاشف غير المسجل في قانون الشهر العقاري ، إذ قد نشت المادة ١/٢٧ من قانون السجل العيني على أنه « يجب كذلك قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » . وهذا الحكم طبعى ، فإن القيد في قانون السجل العيني ، بخلاف التسجيل في قانون الشهر العقاري ، هو الذى ينشئ الحقوق العينية أو يكشف عنها ، وليس للتصرف أثر في ذلك . فإذا لم يقيد التصرف في السجل العيني ، لم يكن له من أثر غير إنشاء التزامات شخصية بين ذوى الشأن . وإذن يكون حكم القسمة غير المقيدة في السجل العيني هو نفس حكم البيع غير المقيّد في هذا السجل ، فلا تكون هذه القسمة بما تكشف عنه من حقوق عينية حجة على الغير ولا فيما بين ذوى الشأن .

= شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها الجزء المفروز الذى وقع في نصيبه بالقسمة ، لم يعتبر المشتري من الغير في القسمة ، لأنه بنى حقه على أساس القسمة التى تمت وارتضى شراء الجزء المفروز الذى وقع في نصيب البائع له . (٤) إذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها جزءاً مفزراً لم يقع في نصيبه ، اعتبر المشتري من الغير في القسمة ، ولا يحتج عليه به إذا سجل البيع قبل تسجيل القسمة ، وله إذا لم يرتض القسمة أن يعتبر نفسه مالكاً في الشيوع وأن يطلب إجراء قسمة جديدة .

وإذن يجب التمييز بين ما إذا كان الشريك قد باع حصته في الشيوع ، أو باع جزءاً مفزراً من العقار الشائع . فإذا باع حصته في الشيوع ، فإن المشتري لهذه الحصة الشائعة يعتبر دائماً من الغير ، سواء اشترى قبل القسمة أو بعدها ، لأنه قد ثبت له حق عيني على العقار الشائع ، فإذا سجل البيع قبل تسجيل القسمة لم يحجز الاحتجاج عليه بالقسمة . أما إذا باع شريك جزءاً مفزراً من العقار الشائع ، فإذا كان البيع سابقاً على القسمة لم يعتبر المشتري من الغير وحل محل الشريك البائع له في الجزء المفروز الذى يخلص لهذا الشريك بالقسمة . وإذا كان البيع تالياً لقسمة وكان واقعاً على نفس الجزء المفروز الذى يخلص بالقسمة للشريك البائع ، فإن القسمة تسرى في حق المشتري ، ويعتبر أنه قد ارتضى شراء هذا الجزء المفروز . وإذا كان البيع واقعاً على غير الجزء المفروز الذى يخلص للشريك البائع ، فإن القسمة لا تسرى في حق المشتري ، وله أن يعتبر نفسه مالكاً في الشيوع وأن يطلب إجراء قسمة جديدة .

أنظر في كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٨٤ . في القسمة والتسجيل .

ويخلص من ذلك أن القسمة غير المقيدة في السجل العيني لا تكون حجة على الغير ، وكل ما قلناه في هذا الصدد في شأن القسمة غير المسجلة بالنسبة إلى الغير في قانون الشهر العقاري^(١) ينطبق هنا . فتحديد ما هو الغير في قانون السجل العيني هو نفس تحديده في قانون الشهر العقاري . وإذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل قيدها في السجل العيني ، حصة شائعة في العقار المقسوم ، كان المشتري من الغير . فإذا قيد سنده قبل قيد القسمة لم يحتاج عليه بها ، وله أن يطلب تثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة وإجراء قسمة جديدة ، إذ لا يزال العقار شائعا ما دامت القسمة لم تقيد . أما المشتري لجزء مفرز من العقار الشائع ، فسواء اشترى هذا الجزء المفرز قبل القسمة أو بعدها ، وإذا اشترى بعد القسمة فسواء اشترى نفس الجزء المفرز الذي وقع في نصيب البائع له بالقسمة أو اشترى جزءا مفرزا آخر ، فإن القسمة غير المقيدة لا تكون قد أفرزت حصة الشريك البائع بالنسبة إليه ، سواء اعتبر من الغير أو لم يعتبر ، لأن القسمة غير المقيدة لا تفرز العقار الشائع بأي حال . وعلى ذلك يعتبر المشتري للجزء المفرز قد اشترى هذا الجزء من مالك لا يزال في الشيوع ، وتسرى عليه أحكام المادة ٨٢٦/٢ مدني وتنص على ما يأتي : « وإذا كان المتصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف » .

وكذلك لا تنتج القسمة غير المقيدة في السجل العيني أثرا في إفراز العقار الشائع ، حتى فيما بين المتقاسمين ، وهذا بخلاف القسمة غير المسجلة في قانون الشهر العقاري فقد قدمنا أنها تنتج جميع آثارها فيما بين المتقاسمين بالرغم من عدم تسجيلها . ويترتب على أن القسمة غير المقيدة في السجل العيني لا تنتج أثرها في إفراز العقار المقسوم فيما بين المتقاسمين أنه لو قسم عقار شائع بين

شريكين ولم تقيد القسمة ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر لا يزان ما لكافي الشيوع . وإذا اجر أحد منهما حصة مفرزة ، ولو كانت نفس الحصة التي وقعت في نصيبه بالقسمة غير المقيدة ، كان حكم إيجاره هو حكم إيجار حصة مفرزة صادر من مالك على الشيوع . وإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها ، فاختص أحدهما بالقسم الشرقي من الأرض والآخر بالقسم الغربي . وباع الحار الملاصق للقسم الشرقي أرضه ، وكانت القسمة لم تقيد ، جاز لأي من الشريكين أو كليهما أن يأخذ بالشفعة ، لأنهما لا يزالان مالكين على الشيوع للأرض المشفوع بها ما دامت القسمة لم تقيد في السجل العيني . فهما يملكان على الشيوع كلا من القسم الشرقي والقسم الغربي .

ثانيا - التصرف أو الحكم بعد أنه بشر :

١٤٢ - في قانونه الشهر العقاري : وتتخذ هنا أيضا عقد القسمة المسجل نموذجا للتصرف أو الحكم الكاشف المسجل . وغنى عن البيان أن جميع الآثار التي ترتبها القسمة قبل أن تسجل تبقى قائمة بعد أن تسجل القسمة . فتبقى القسمة بعد تسجيلها ، كما كانت قبل تسجيلها ، منتجة لجميع آثارها فيما بين المتقاسمين .

وتزيد القسمة المسجلة في آثارها على القسمة غير المسجلة في أنها تكون حجة على الغير . وقد سبق تحديد ما هو الغير ، وكيف لا تكون القسمة غير المسجلة حجة عليه (١) ، ولا تزيد هنا على أن نقول إنه في جميع الفروض التي لا تكون فيها القسمة غير المسجلة حجة على الغير ، نكون حجة عليه إذا ما سجلت ، ومن وقت هذا التسجيل . فإذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها عقارا كان شائعا قبل القسمة ، وكان العقار المبيع لم يقع بالقسمة في نصيب الشريك البائع ، ولكن القسمة سجلت قبل تسجيل البيع ، فإن الشريك الذي وقع في نصيبه بالقسمة العقار المبيع يستطيع أن يحتج بالقسمة على المشتري ، ومن ثم لا يعتد بالبائع الصادر لهذا المشتري . ويكون تسجيل القسمة صحيحا حتى لو كان المتقاسم الذي وقع العقار في نصيبه سيء النية ،

إذ أن سوء النية لا يفسد التسجيل ، وإنما يفسده التواطؤ على الخلاف الذى بسطناه عند الكلام فى تسجيل البيع (١) .

١٤٣ - فى قانونه السجل العيى : إذا قيدت القسمة فى السجل العيى ، فإنها تنتج جميع آثارها فى إفراز العقار المقسوم ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتقاسمين . ويلاحظ أن القيد فى السجل العيى له حجية مطلقة ليست للتسجيل فى قانون الشهر العقارى ، وقد سبق أن بسطنا القول فى ذلك (٢) . فإذا قيدت القسمة فى السجل العيى ، لم يعد من الجائز الطعن فيها بالتزوير ، ولا بأنها صادرة من غير مالك . وجميع البيانات الواردة فى السجل العيى فى شأن القسمة المقيدة فيه تعتبر صحيحة ، ولها حجية مطلقة فى حق جميع الناس . ولا يفسد القيد فى القسمة ، كما لا يفسد القيد فى البيع ، لا سوء النية ولا التواطؤ (٣) .

فالقسمة المقيدة تكون حجة على الغير ، فإذا باع الشريك بعد القسمة وقبل قيدها عقارا شائعا ، ووقع هذا العقار بالقسمة فى نصيب هذا الشريك ، وقيدت القسمة قبل أن يقيد البيع ، احتج الشريك الذى وقع فى نصيبه العقار المبيع بالقسمة المقيدة على المشتري لهذا العقار . ومن ثم يبقى هذا الشريك مستأثرا بالعقار ، ويرجع المشتري على الشريك البائع بضمان الاستحقاق .

والقسمة المقيدة تنتج أثرها فى إفراز العقار الشائع فيما بين المتقاسمين ، وكانت قبل قيدها لا تنتج هذا الأثر كما سبق القول (٤) . فإذا قسم عقار شائع بين شريكين وقيدت القسمة ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر ما لكا للحصة المفروزة التى وقعت فى نصيبه بالقسمة . وإذا آجر هذه الحصة كان الإيجار صادرا من مالك ، أما إذا آجر الحصة المفروزة التى وقعت فى نصيب الشريك الآخر كان الإيجار صادرا من غير مالك . وإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها ، فاختص أحدهما بالقسم الشرقى

(١) أنظر آتفا فقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر آتفا فقرة ١٣٦ .

(٣) أنظر آتفا فقرة ١٣٦ .

(٤) أنظر آتفا فقرة ١٤١ .

من الأرض والآخر بالقسم الغربى ، وثبات القسمة فى السجل العينى ،
وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه . فان الشئع هذا يكون صاحب
القسم الشرقى لأنه أصبح ما لك بالقسمة المتبقية للأرض الملاصقة للأرض
المشروع فيها . ولا يجوز لصاحب القسم الغربى أن يأخذ بالشفعة ، لأنه لم يعد
ما لك إلا لهذا القسم بعد أن قيدت القسمة . وهو غير ملاصق للأرض
المشروع فيها .

المطلب الثالث

الدعاوى الخاصة للشهر

§ ١ - أنواع الدعاوى الخاصة للشهر

١٤٤ - دعاوى الطعن فى التصرفات الواجبة الشهر : تنص الفقرة

الأولى من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على أنه « يجب التأشير فى هامش
تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض
منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه التحرر وجودا أو صحة أو نفاذا ،
كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . فاذا كان المحرر الأصيل
لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى » (١) .

والمحررات واجبة الشهر التى يجب التأشير فى هامش تسجيلها بما يقدم
ضدها من دعاوى الطعن هى المحررات التى تتضمن تصرفات ناقلة (أو معدلة
أو منبهة) للحقوق العينية العقارية الأصلية (٢) وعلى رأسها عقد البيع .
أو تصرفات منشطة لهذه الحقوق وعلى رأسها العقد المنشئ لحق انتفاع أو لحق
ارتفاع ، أو تصرفات كاشفة عن هذه الحقوق وعلى رأسها عقد القسمة .

أما دعاوى الطعن فى هذه التصرفات التى يجب التأشير بها أو تسجيلها
فهى الدعاوى التى تطعن فى وجود التصرف ، أو فى صحته ، أو فى نفاذه .

(١) بق هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (١٣٠/١)
من المشروع .

(٢) وكذلك الحقوق العينية العقارية المنجبة كما فى عقد الرهن ، والدعوى التى يوترها
فى هامش قيد الرهن هى دعوى شطب الرهن . وهذه مسألة خاصة بالحقوق العينية الثابتة .
فلا شأن لنا بها هنا .

فالدعوى التى تطعن فى وجود التصرف نوعان : (١) دعوى تنكر وجود التصرف منذ البداية ، وهذه هى دعوى الطعن ببطالان التصرف لسبب من أسباب البطلان المطلق (كانهدام الأهلية وفقد التمييز وعدم مشروعية المحل أو السبب) ، ودعوى الطعن بصورية التصرف فىكون التصرف فى هذه الحالة لا وجود له منذ البداية (١) . (٢) دعوى لا تنكر وجود التصرف منذ البداية ولكنها تهدف إلى فسخه أو إلى إلغائه . ويدخل فى هذه الدعوى : دعوى الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزاماته ، ودعوى الانفساخ إذا كان العقد قد انفسخ من تلقاء نفسه لشرط فى العقد يقضى بذلك أو لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي . ودعوى الرجوع فى الحبة لعذر مقبول وعدم وجود المانع من الرجوع ، ودعوى حل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لسبب يسوغ الحل (م ١/٥٣٠ مدنى) أو انحلالها بسبب طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة لسبب معقول إذا كانت الشركة معينة المدة (م ٢/٥٣١ مدنى) .

والدعوى التى تطعن فى صحة التصرف يتدرج تحتها : (١) جميع دعوى إبطال التصرف ، لسبب نقص فى الأهلية أو عيب فى الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . (٢) دعوى نقض القسمة الرضائية ، إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس (م ٨٤٥ مدنى) . أما إكمال باق الشركاء حصة الشريك المعبون نقدا أو عينا ، فقد سبق بيان كيفية إجراء شهره (٢) . وأما دعوى تكملة الثمن بسبب غبن يزيد على الخمس فى بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، فهذه ، إذا قضى فيها بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل (م ٤٢٥ مدنى) ولم يف المشتري بالتزامه من دفع تكملة الثمن . تؤول إلى دعوى فسخ ويجب شهرها كسائر دعوى الفسخ . وقبل هذا الشهر ، لا تلحق هذه الدعوى ضررا

(١) والظن فى العقد بالصورية ، كما إذا طعن البائع للمقار فى عقد البيع بالصورية ، يؤول إلى دعوى استحقاق للمقار المبيع ، فيجب إذن شهر الدعوى إما باعتبارها دعوى ظن بالصورية أو دعوى استحقاق (أنظر مايل فقرة ١٤٦) .
(٢) أنظر آنذا فقرة ١٣٧ .

بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع » (م ٤٢٦ / ٢ مدني) .

والدعوى التي تطلعن في نفاذ التصرف يتدرج تحتها : (١) الدعوى البولصية ، وهي الدعوى التي يرفعها الدائن طالبا فيها عدم نفاذ تصرف المدين في حقه إذا توافرت في هذا التصرف شروط معينة (م ٢٣٧ مدني) . (٢) دعوى عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما يزيد على ثلث التركة . ويلحق بها دعوى عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت (أو تصرفه بوجه عام) في حق ورثته فيما يزيد على ثلث التركة (م ٤٧٧ مدني) ، وقبل شهر هذه الدعوى لا يسرى الحكم فيها ، لإضرارها بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعرض حقا عينيا على العين البيعة ، (م ٤٧٨ مدني) (١) . ويخلص مما تقدم أن دعاوى الطعن في تصرفات واجبة الشهر ، والتي يجب التأشير بها أو تسجيلها ، نشتمل على الدعاوى الآتية : (١) دعوى الطعن ببطالان التصرف . (٢) دعوى الطعن بصورية التصرف . (٣) دعوى المطالبة بفسخ التصرف . (٤) دعوى تقرير انفساخ التصرف (٢) . (٥) دعوى الرجوع في الهبة . (٦) دعوى حل الشركة أو انحلالها . (٧) دعوى الطعن بإبطال التصرف . (٨) دعوى نقض القسمة الرضائية للغير . (٩) الدعوى البولصية . (١٠) دعوى عدم نفاذ الوصية أو عدم نفاذ تصرف المريض مرض الموت في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة .

١٤٥ — دعاوى من التعاقب : تنص العبارة الأخيرة من الفقرة

الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « كما يجب تسجيل

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٨٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الصادرة بفسخ وجب حتما بحكم القانون ، أو وقع نتيجة لشرط فاسخ صريح أو ضمني ، واجبة التسجيل باعتبار أنها أحكام مقررة . وعلى ذلك إذا كان فسخ عقد البيع المسجل الصادر من مورث الطاعنين إلى المظنون ضده الثاني قد قضى به ضمنا في الحكم الصادر برفض دعوى البائع بالمطالبة بباقي الثمن . وكان هذا الحكم لم يسجل ، فإن المبيع يبق في ملكية المشتري ولا تعود ملكيته للبائع (نقض منذ ٨ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٠ من ١٩٦٢) .

دعوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية» (١) . ودعوى صحة التعاقد لم تكن مذكورة في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، ولكن العمل ابتدعها بخاصة في عقد البيع تحت اسم « دعوى صحة ونفاذ العقد » منذ صدور هذا القانون ، ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل عقد البيع ، وبخاصة التصديق على إمضائه في الورقة العرفية المثبتة لعقد البيع . فاذا ما صدر الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه (réalisation, constatation de la vente) ، جعل منه المشتري سنداً يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل . إذ هو يثبت وقوع البيع صحيحاً ناكذاً ، فيجوز إذن للمشتري أن يسجل هذا الحكم باعتباره سنداً قاطعاً على وقوع البيع ، ولا يحتاج في تسجيله إلى تدخل البائع ، ومتى سجله انتقلت إليه ملكية المبيع (٢) . بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك ، وغل يد البائع عن التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد ، وذلك بأن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أشر المشتري به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيصبح أي تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ في حق المشتري . وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى عليه من ذلك ، واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق مآلاً حتى تجعلها خاضعة للشهر كدعوى

(١) بقى هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية . حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد في نقلها . وهذا يقتضى أن يفصل القاضى في أمر صحة البيع ، ثم يفصل في أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ، وهل كان له عذر في هذا الامتناع أو لم يكن . ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب بطلان العقد ، إذ من شأن هذا البطلان توسيع أن يحول دون الحكم بصحة العقد ونفاذه (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩٤ ص ٥٧٧) . ويدخل أيضاً بحث ما إذا كان العقد ضرورياً ضرورية مطلقة ، إذ من شأن هذه الضرورية توصيت أن يعتبر العقد لاوجود له قانوناً فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦) .

الاستحقاق التي ذكرها صراحة قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ (١) .
وجاء قانون الشهر العقاري موثدا للعمل والقضاء ، فنص صراحة كما رأينا
في المادة ٢/١٥ على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق
عينية عقارية » ، ورتب على تسجيلها كما جاء في المادة ١/١٧ منه « على أن
حق المدعى إذا تقرر بحكم موثربه على هامش تسجيل صحيفة دعوى
صحة التعاقد يكون حجة على ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ
تسجيل صحيفة هذه الدعوى (٢) .

ودعوى صحة التعاقد ، على الوجه المتقدم الذكر ، أكثر ما ترفع
في خصوص مطالبة المشتري بالحكم بصحة ونفاذ عقد البيع ، وهو عقد
ناقل للملكية . ولكن لا يوجد ما يمنع من رفعها في خصوص المطالبة بالحكم
بصحة ونفاذ أى عقد آخر غير البيع ، سواء كان هذا العقد ناقلا أو منشئا
لحق عيني عقارى آخر غير حق الملكية كحق الانتفاع أو حق الارتفاق ،
أو كان كاشفا عن حق عيني عقارى . فيجوز رفع الدعوى بصحة ونفاذ
عقد المقايضة أو عقد الهبة أو عقد الشركة أو عقد الوفاء بمقابل يكون عقارا
أو عقد ينقل حق الانتفاع من المنتفع إلى غيره (بيع حق الانتفاع) ، أو عقد

(١) نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ارقم ٩١ ص ١٦٣ - وانظر الأحكام
الأخرى الصادرة من محكمة النقض بعد ذلك في هذا المعنى في الوسيط ٤ فقرة ٢٥٩ ص ٤٥٤
هامش ١ .

(٢) ولكن يجب لذلك التأشير بالحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فلا يكون تسجيل
صحيفة الدعوى وحده ، ولا صدور الحكم بصحة التعاقد إذا لم يرثر بالحكم على هامش تسجيل
صحيفة الدعوى . وقد قضت محكمة النقض بأن تسجيل صحيفة الدعوى والحكم فيها بصحة التعاقد ،
ولو كان نهائيا ، دون التأشير بذلك بالحكم على هامش تسجيل الصحيفة ، لا يترتب عليه نقل
الملكية إلى المشتري بل تظل هذه الملكية للبائع ، وبالتالي يعتبر تصرفه إلى مشتري آخر صادرا
من مالك . ولا يحول دون الحكم بصحة ونفاذ عقده مجرد تسجيل صحيفة دعوى المشتري الأول
وصدور حكم لصالحه بصحة تعاقد (نقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض
١٤ رقم ٤٥ ص ٢٩٨) . وانظر أيضا نقض مدني ١٣ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام
النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦ .

وانظر في تفصيل دعوى صحة التعاقد : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ - وانظر في دعوى صحة
التوقيع واستيداد هذه الدعوى من المحررات الواجب شهرها : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ .

ينشئ حق ارتفاق ، أو عقد يكشف عن حق الملكية العقارية كعقد القسمة أو عقد الصلح .

ويخلص إذن مما تقدم أن جميع دعاوى صحة التعاقد ، على النحو الذى أسلفناه ، يجب تسجيل صحائفها إذا وقعت على حقوق عينية عقارية ، كما هو صريح نص المادة ٢/١٥ من قانون الشهر العقارى فيما قدمناه .

١٤٦ - دعوى الاستحقاق العقار : تنص العبارة الأولى من الفقرة

الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية للعقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال » (١) .

والأصل فى دعوى الاستحقاق العقارية أن تكون المطالبة فيها بحق ملكية العقار دون الحقوق العينية الأخرى . ولا تطلق دعوى الاستحقاق (action en revendication) بمعناها المألوف على الدعوى العينية التى يطالب فيها المدعى بحق عيني عقارى آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . غير أن النص سالف الذكر يوجب « تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها » . فهذا النص الواسع يشمل فى نظرنا الدعاوى الآتية :

١ - دعوى الاستحقاق العقارية بمعناها المعروف ، وهى الدعوى التى يطالب فيها بملكية عقار . ولا يقصد هنا بدعوى الاستحقاق هذه الدعوى على إطلاقها ، أى الدعوى التى يرفعها المالك الحقيقى على الحائز لاسترداد عقاره . فان هذه الدعوى إذا سجلت وقضى للمالك الحقيقى بملكته للعقار ، كان الحكم حجة على من اشترى العقار من الحائز ولو كان حسن النية وسجل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق ، لأنه يكون قد اشترى من غير مالك . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التى يرفعها المالك على الحائز فى الأحوال التى يكون فيها تصرف الحائز فى العقار نافذاً فى حق المالك ، كدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى

(١) ين هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (العبارة

الأولى من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع)

الصورية التي يرفعها البائع بعقد صوري ضد المشتري . فدعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر يجب تسجيل صحتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث الذي قام به الوارث الظاهر . فاذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتري حسن النية وسجل المشتري عقد شرائه قبل شهر صحيفة دعوى الاستحقاق ، لم يسر الحكم بالاستحقاق في حق المشتري . أما إذا شرت صحيفة دعوى الاستحقاق قبل تسجيل البيع الصادر من الوارث الظاهر ، فإن الحكم بالاستحقاق يسرى في حق المشتري من الوارث الظاهر ، ويكون حجة عليه . ودعوى الصورية التي يرفعها البائع بعقد صوري ضد المشتري منه يجب تسجيل صحتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل عقد البيع الصوري . فاذا باع المشتري في العقد الصوري العقار لمشتري آخر حسن النية ، وسجل هذا المشتري الآخر عقد شرائه قبل شهر دعوى الصورية ، لم يسر الحكم بالصورية في حق المشتري من المشتري بعقد صوري . أما إذا شرت دعوى الصورية قبل تسجيل البيع الصادر من المشتري في العقد الصوري ، فإن الحكم بالاستحقاق يسرى في حق المشتري من المشتري بعقد صوري ويكون حجة عليه (١) .

٢ - دعوى استحقاق أى حق عيني آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . وتسمى هذه الدعوى بدعوى الإقرار بحق عيني (action confessoire) ، إذا طالب فيها شخص بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقار للغير . فيجب تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، أو التأشير بها على هامش تسجيل سند ملكية الغير المطالب بحق الانتفاع أو حق الارتفاق على عقاره . فاذا أنشأ المالك لهذا العقار نفس حق الانتفاع أو نفس حق الارتفاق لشخص آخر ، وسجل هذا الأخير سند إنشاء حقه قبل شهر صحيفة دعوى الإقرار بالحق العيني وكان حسن النية ، لم يكن الحكم الصادر لمصلحة

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط : فقرة ٢٦٣ من ٦٦ : هامش ٢ - وقارن حسن كيرة ص ١٤ - أنور سلطان في البيع فقرة ١٧٤ من ١٩٨ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ - سليمان مرقس في الإيجار فقرة ١٢٢ من ٢٠٥ : هامش ٣ - وفي البيع والإيجار فقرة ٢١١ من ٢٨٦ : هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٥ .

المدعى فى دعوى الإقرار بالحق العينى حجة عليه . أما إذا شـهـرت صحيفـة الدعوى قبل تسجيل سند الإنشاء ، فإن الحكم يكون حجة على من كسب حق الانتفاع أو حق الارتفاق مرة ثانية ولو كان حسن النية .

٣ - وإلى جانب دعوى الإقرار بحق عينى توجد دعوى إنكار الحق العينى (action négative) ، ويرفعها مالك العقار على من يتمسك بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقاره وينكر المالك عليه هذا الحق ، وهذه أيضا يجب تسجيل صحيفتها . فإذا باع مدعى حق الانتفاع هذا الحق لمشتري حسن النية ، أو باع مدعى حق الارتفاق عقاره المرتفق بما له من حق الارتفاق المدعى به لمشتري حسن النية ، وكان مدعى حق الانتفاع أو حق الارتفاق وارثا ظاهرا لحق الانتفاع أو للعقار المرتفق ، فإنه إذا سجل البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى إنكار الحق العينى ، لم يكن الحكم فى دعوى إنكار الحق العينى حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق . أما إذا سجلت دعوى إنكار الحق العينى قبل تسجيل البيع ، فإن الحكم الصادر فى دعوى إنكار الحق العينى يكون حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق (١) .

١٤٧ - الدعاوى الخاضعة للشهر فى قانونه السجل العينى : تنص

المادة ٣٢ من قانون السجل العينى على أن « الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى ، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات » . وتحديد الدعاوى الواجب التأشير بها على الوجه الوارد فى هذا النص لا يخلو من شيء من الغموض .

والأمر المحقق أن « الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى » تشمل دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بالحق العينى ودعوى الإنكار للحق العينى ، وقد بينا فيما تقدم (٢) ما هو المقصود بهذه الدعاوى . ومن ثم يجب أن تتضمن

(١) أنظر فى وجوب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشقة وتسجيل الحكم بثبوت الشقة ما قدمناه آنفا فقرة ١٣٢ فى آخرها .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٤٦ .

الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات ، والتأشير في السجل بهذه الطلبات بما فيها طلب إجراء التغيير في بيانات السجل على النحو المتقدم . وتأخذ على سبيل المثال دعوى الاستحقاق . فمن الجائز ، حتى في نظام السجل العيني ، أن يفيد حق الإرث في السجل ، ثم يتبين ، بالرغم من الفحص الدقيق الذي يقتضيه هذا النظام ، أن الواردة الذي قيد حقه ليس هو الوارث الحقيقي . ويتقدم الوارث الحقيقي بطلب الوارث الظاهر باستحقاقه للعقار الموروث ، وهذه دعوى إرث أو هي دعوى استحقاق عن طريق الميراث . فيجب في هذه الحالة أن يضمن الوارث الحقيقي طلب استحقاق العقار طلب إجراء التغيير في بيانات السجل الواردة في قيد حق الإرث بما يفيد أن المالك للعقار ليس هو الوارث الظاهر بل هو الوارث الحقيقي . ويجب فوق ذلك أن يؤثر الوارث الحقيقي بهذه الطلبات جميعاً أمام البيانات الواردة في السجل بشأن قيد حق الإرث ، وأن يقدم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى تقبل منه دعوى الإرث أو دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث .

والأمر المحقق أيضاً أن الدعاوى المتعلقة بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها ، تشمل دعوى الطعن ببطالان التصرف ، ودعوى الطعن بابطال التصرف ، ودعوى نقض القسمة الرضائية للغبن لأن هذه كلها دعاوى متعلقة بصحة التصرف . كذلك تشمل الدعوى البولصية ، ودعوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت في حق الورثة بما يجاوز ثلث التركة ، لأن هذه الدعاوى متعلقة بنفاذ التصرف . ويجب أيضاً أن تشمل دعاوى الفسخ والانفساخ والرجوع في الهبة وحل الشركة أو انحلالها والصورية ، وإن كانت هذه الدعاوى لا تتعلق بصحة التصرف أو نفاذه ، إلا أنها دعاوى يتصور رفعها بالرغم من قيد التصرف في السجل العيني ، والحكم فيها بطلبات المدعى من شأنه أن يغير من بيانات السجل . ومن ثم يجب ، في رأينا ، أن يضمن المدعى في جميع الدعاوى المتقدم ذكرها - وقد سبق بيانها فيما تقدم (١) - طلباته طلب إجراء التغيير

في بيانات السجل العيني ، والتأشير بهذه الطلبات جميعا أمام بيانات السجل المراد تغييرها ، وتقديم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى يمكن قبول الدعوى (١) .
ويبدو أن قانون السجل العيني يختلف عن قانون الشهر العقاري فيما يأتي :
في قانون الشهر العقاري ، يمكن ألا يشهر المدعى دعواه ويكتفى بشهر الحكم الصادر في الدعوى ، وفي هذه الحالة لا يسرى الحكم في حق الغير إلا من وقت شهره لأن صحيفة الدعوى لم تشهر . أما في قانون السجل العيني ، إذا لم يشهر المدعى دعواه على النحو الذي بسطناه فيما تقدم ، فإن الدعوى لا تقبل منه أصلا ، فلا يتمكن بناء على ذلك من الحصول على حكم في الدعوى (٢) .

(١) أما دعوى صحة التعاقد (دعوى صحة ونفاذ العقد) ، فلا تدخل ضمن الدعاوى الواجب قيدها في السجل العيني ، إذ أن الحكم بصحة التعاقد ، طبقا لأحكام قانون السجل العيني ، لا يمكن قيده في السجل ليستغنى به عن المحرر الرسمي . وعلى ذلك لم يمد هناك مجال لإدراج دعوى صحة التعاقد ضمن الدعاوى الواجب قيدها في السجل العيني . ولكن تبقى دعوى صحة التعاقد جائزة ، فيما إذا أنكر البائع صدور البيع المرفى منه أو طعن في صحته فرفع المشتري دعوى صحة التعاقد ، حتى إذا حصل على حكم لصالحه ، واستنع البائع مع ذلك من توثيق البيع حتى يمكن قيده في السجل العيني ، لم يبق أمام المشتري إلا المطالبة بالتعويض (أنظر ما سبق أن قررناه آنفا في هذا الصدد ص ٣٦١ هامش د) .

ويزيد قانون السجل العيني على قانون الشهر العقاري في أنه تضمن نصا صريحا يعصى بشهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقيد الحكم بشيوت الشفعة ، إذ تنص المادة ٣٦ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « يجب التأشير بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في صحف الوحدات العقارية . ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفع بحكم قيد في السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور » . وقد قدمنا أن نصا صريحا مثل هذا النص كان يحسن أن يشتمل عليه قانون الشهر العقاري (أنظر آنفا ص ٣٥٥ هامش ٣) .

(٢) وقد عالج قانون السجل العيني الدعاوى واجبة الشهر بموجب نص صريح والتي تكون قد رفعت قبل العمل به دون أن تشهر صحيفة الدعوى فيها ، حتى يجري عليها أحكامه بأثر رجعي . فنصت المادة ٣٣ من هذا القانون على أن « الدعاوى المشار إليها في المادة السابقة والتي تكون منظورة أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون ، ولم تسجل صحيفتها ، لا يجوز الاستمرار في النظر فيها إلا بعد أن تتضمن الطلبات الختامية فيها إجراء التأشير في بيانات السجل ، وبعد التأشير فيه بمضون هذه الطلبات . ويمنح المدعون في هذه الدعاوى ميعاد شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون لطلب هذا التأشير ، فإذا لم تقدم في أول جلسة بعد انتهاء هذا الميعاد شهادة بحصول هذا التأشير توقفت الدعوى » .

§ ٢ .. كيف يكونه إجراء شهر الدعاوى وما يترتب عليه من أثر

١٤٨ - كيف يكونه إجراء شهر الدعاوى فى قانونه الشهر العقارى :

يجب التمييز فى هذا الصدد بين دعاوى الطعن فى التصرفات (وجودا أو صحة أو نفاذا) ودعاوى الاستحقاق من جهة ، ودعاوى صحة التعاقد من جهة أخرى .

فأما دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق ، فنشهر بأحد طريقين : (١) بطريق التأشير فى هامش تسجيل التصرفات المطهون فعاً فى حالة دعاوى الطعن فى التصرفات ، أو فى هامش تسجيل سند المدعى عليه فى حالة دعاوى الاستحقاق (١) ، وذلك إذا كان التصرف المطعون فيه أو سند المدعى عليه مسجلاً . (٢) فإذا لم يكن التصرف أو السند مسجلاً ، كان شهر صحيفة الدعوى عن طريق تسجيلها استقلالاً ، إذ لم يعد التأشير بها ممكناً . وتنص المادة ١٥/١ و٢ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى ، كما رأينا ، على أنه يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى . . فإذا كان المحرر الأصل لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال

وأما دعاوى صحة التعاقد ، فلا يكون شهرها إلا بطريق تسجيل صحائفها استقلالاً ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى : كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية .

والسبب فى هذا التمييز أن دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق تنصب مباشرة على تعديل حقوق قد يكون سبق تسجيلها ، فيكون شهر هذه الدعاوى إما بطريق التأشير إذا كانت هذه الحقوق قد سجلت ، أو بطريق التسجيل إذا كانت هذه الحقوق لم تسجل . أما دعاوى صحة التعاقد

(١) انظر فى التفاصيل المتعلقة بالتأشير بصحيفة دعوى الاستحقاق أننا فقرة ١٤٦ .

فتنصب ، لا على تعديل حقوق سابقة ، بل على تصرفات جديدة تنقل هذه الحقوق إلى شخص جديد ، فيجب تسجيلها استقلالا .

ومخلص من ذلك أن الدعاوى الخاضعة للشهر يكون شهرها بطريق التأشير في حالات معينة ، وبطريق التسجيل في حالات أخرى . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقبدها بمجدول المحكمة » . والسبب في ذلك هو عدم تمكين المدعى من شهر الدعوى إلا بعد أن يثبت أنه جاد في رفع دعواه ، بأن يقيد الدعوى بمجدول المحكمة ويعلنها (١) قبل شهر صحيفتها . ولو لم يوجب القانون قيد الدعوى وإعلانها قبل شهر صحيفتها ، لأمكن المدعى أن يشهر صحيفة الدعوى ثم لا يعلنها . فتبقى هذه الدعوى سيفا معلقا يهدد المدعى عليه ، بما يستتبعه شهر صحيفتها من تقييد حريته في التصرف في العقار محل النزاع ، إذ لا يقدم أحد على التعامل معه في هذا العقار إلا وهو يحسب حساب الدعوى التي شهرت صحيفتها . ويقف المدعى عند شهر صحيفة الدعوى ، فلا هو كلف عن هذا الشهر حتى

(١) ورد في المادة ٣/١٥ من قانون الشهر العقاري كما رأينا : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقبدها بمجدول المحكمة » . فقدم النص إعلان صحيفة الدعوى على قبدها بمجدول المحكمة . وقد كان هذا صحيحا في تقنين المرافعات قبل تعديله ، إذ كانت المادة ١/٧٥ من هذا التقنين قبل التعديل تنص على أنه « على المدعى بعد تسليمه أصل الصحيفة المعلقة أن يقدمه لقلم الكتاب لقيد الدعوى بمجدول المحكمة في اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر » . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ يعدل كثيراً من نصوص تقنين المرافعات ، ومنها المادة ٧٥ سالفة الذكر ، فأصبحت الفقرتان الأولى والثانية منها بحريان على الوجه الآتي : « على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب . ويقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها » . فأصبح قيد الدعوى بمجدول المحكمة ، بموجب هذا النص المعدل ، يسبق إعلانها . ولذلك وردت الفقرة الثالثة من المادة ١٣ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري ، على الوجه الآتي : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد قيد الدعوى بمجدول المحكمة وإعلانها » .

لا يقيد حرية المدعى عليه في التصرف ، ولا هو مضى في الدعوى إلى أن يبت فيها ويتبين مصيرها .

وطريق آخر فتحه المشرع للمدعى عليه يعالج به رفع المدعى للدعوى الكيدية ، وشهر صحائفها تعنتا وتعسفا . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « كذا للطرف ذي الشأن أن يطلب إلى القاضي (قاضي الأمور المستعجلة) نحو التأشير أو التسجيل المشار إليه في المادة الخامسة عشرة ، فيأمر به القاضي إذا تبين أن الدعوى التي نأشر بها أو سجلت لم ترفع إلا لغرض كيدى محض » (١) . فيجوز إذن للمدعى عليه ، وكذلك لدائنه لا فحسب بطريق الدعوى غير المباشرة بل أيضا بطريق مباشر لأنه ذو شأن ، أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة نحو التأشير بصحيفة الدعوى أو نحو تسجيلها إذا أثبت أن هذه الدعوى دعوى كيدية محضة ، الغرض منها غل يد المدعى عليه عن التصرف في عقاره ، أو غل يد دائنه عن التنفيذ على هذا العقار .

والتأشير بصحيفة الدعوى أو تسجيلها ليس إلا إجراء تمهيديا يراد به التحضير للتأشير بمنطوق الحكم النهائي الذي يصدر في هذه الدعوى . فاذا ما صدر الحكم النهائي لصالح المدعى في الدعوى التي شهرت بصحيفتها ، كان على هذا الأخير أن يوشر بمنطوق هذا الحكم في ذيل التأشير بصحيفة الدعوى إذا كانت هذه الصحيفة قد أشر بها ، أو في هامش تسجيل الصحيفة إذا كانت قد سجلت . وتنص المادة ١٦ من قانون الشهر العقاري في هذا المعنى على أن « يوشر بمنطوق الحكم النهائي في الدعوى الميئة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها » (٢) .

(١) بقى هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (الفقرة الثانية من المادة ١٦ من المشروع) ، إلا أن نص المشروع أدق إذ يقول « كذلك لدى الشأن » بدلا من عبارة « كذا للطرف ذي الشأن » الواردة في نص قانون الشهر العقاري الحال ، وواضح أن العبارة الأولى أدق فهي تتسع لتشمل المدعى عليه والدائن وكل ذي شأن آخر .

(٢) بقى هذا النص على حاله في الفقرة الأولى من المادة ١٤ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق . وأضيف في المشروع إلى المادة ١٤ هذه فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الراجب تسجيلها ، الصادرة في دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ، عتب تسجيل هذه الأحكام » . ويتبين من هذا النص أن الحكم النهائي في دعاوى الاستحقاق وفي دعاوى صحة التعاقد يجب تسجيله استقلا ، ولا يكتفى بالتأشير به . بل إن التأشير به لا يجوز إجراؤه إلا بعد أن يتم تسجيل الحكم .

١٤٩ - كيف يكره إجراء شهر الدعاوى في قلمونه السجل العيني :

رأينا أن المادة ٣٢ من قانون السجل العيني تنص على أن « الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني ، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير في السجل بمضمون هذه الطلبات (١) » . ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى الواجبة الشهر في قانون السجل العيني يستوجب خطوات ثلاثا :

أولا - تضمين الطلبات الواردة في صحيفة الدعوى طلبا إضافيا هو إجراء التغيير في بيانات السجل العيني بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات . فإذا كانت الدعوى مثلا بطلب بطلان عقد ، وجب أن تتضمن الطلبات طلبا بمحو القيد الخاص بهذا العقد في السجل العيني . فإذا ما خلت صحيفة العقار من هذا القيد بعد الحكم بمحوه ، رجع العقار إلى ملك المدعى بموجب القيد السابق على القيد المحكوم بمحوه ، ويعتبر القيد المحو كأن لم يكن .

ثانيا - التأشير في السجل العيني بمضمون الطلبات في الدعوى ، بما فيها طلب إجراء التغيير في بيانات السجل العيني على النحو سالف الذكر . ثالثا - تقديم شهادة تدل على حصول التأشير على الوجه المتقدم الذكر ، ولا يجوز قبول الدعوى إلا بتقديم هذه الشهادة .

وبعد هذه الخطوات الثلاث يسار في نظر الدعوى ، بعد أن تكون صحيفتها قد شهِرت (٢) ، إلى أن يبت فيها بحكم نهائى .

ويجب أن يُوْشَر في السجل العيني بمنطوق هذا الحكم النهائى ، إذ تنص المادة ٣٤ من قانون الشهر العقارى على أن « يُوْشَر في السجل العيني بمنطوق الحكم النهائى الصادر في الدعاوى المبيّنة في المادة السابقة » .

١٥٠ - ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر في قانون الشهر العقارى :

تنص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى

(١) أنظر آتد فقرة ١٤٧ .

(٢) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من قانون السجل العيني على ما يأتى : « وكذلك لدى الشأن أن يطلب إلى القاضى (قاضى الأمور المستعجلة) محو التأشير المشار إليه في المادة ٣٢ (التأشير بمضمون الطلبات في الدعاوى واجبة الشهر) ، فيأمر به القاضى إذا تبين أن الدعوى التى أشر بها لم ترفع إلا لفرض كيدى محض » .

المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما (١).

ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى السابق ذكرها يكون حجة على الغير ، والغير هنا هو من ترتب له حق عيني على العقار محل الدعاوى وقام بشهره طبقا للقانون . فاذا فرض أن عقارا بيع وأن عقد البيع سجل ، ثم رفع البائع دعوى بفسخ البيع ، فقد قدمنا أنه يجب أن يؤشر على هامش تسجيل البيع بصحيفة دعوى الفسخ . فاذا تصرف المشتري فى العقار بأن رهنه مثلا ، وقيد الدائن المرهن الرهن قبل صدور الحكم فى دعوى الفسخ ، ثم صدر الحكم بفسخ البيع وللفسخ أثر رجعى إذ يعتبر العقد المنسوخ كأن لم يكن كما هو معروف ، فهل يحتاج بفسخ البيع على الدائن المرهن فيعتبر أنه قد ارتهن من مالك قد فسخ عقده أى من غير مالك فيكون الرهن باطلا ؟ هنا يجب التمييز بين حالتين :

(١) يقابل هذا النص المادة ١٥ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى و التوثيق ، وتجرى على الوجه الآتى : ١٥ - يرتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الثالثة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا ما تقرر بحكم موثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ٢ - على أنه إذا تم شهر هذا الحكم بعد خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، فلا يكون حجة إلا من تاريخ إجراء هذا الشهر . وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة للأحكام النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ العمل به . ٣ - ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . وقد زاد المشروع الجديد الفقرة الثانية يستحث بها شهر الحكم ، بحيث إذا لم يشهر فى خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، لم يكن حجة على الغير إلا من تاريخ إجراء هذا الشهر ، بدلا من أن تنسحب حجته إلى الماضى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى فيما إذا شهر فى خلال الخمس السنوات . والمشروع الجديد ينشئ فيما استحدثه من هذا مع قانون السجل البنى (م ٣٥ من هذا القانون وسيأتى بيانها فيما يلى فقرة ١٥١) . ولكن يلاحظ أن الفقرة الثالثة من المشروع الجديد أصبحت بهذه الإضافة المستحدثة ناقصة ، وكان الواجب أن تكون على الوجه الآتى : « ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما فى الفقرة الأولى ، أو قبل شهر الحكم المشار إليه فى الفقرة الثانية » .

(الحالة الأولى) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد حق الرهن بعد شهر دعوى الفسخ ، أى بعد التأشير بصحيفة الدعوى على هامش تسجيل البيع وفى هذه الحالة يكون الحكم بفسخ البيع حجة عليه ، فيسترد البائع العقار بعد فسخ البيع خاليا من الرهن . ويستوى فى ذلك أن يكون الدائن المرتهن سىء النية أو حسن النية ، فلو أنه كان لا يعلم وقت أن ارتهن العقار أن هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع أى لو أنه كان حسن النية ، فإن الحكم بالفسخ يكون مع ذلك حجة عليه . ذلك لأن شهر صحيفة الدعوى يفرض معه فرضا غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن كان يعلم ، أو كان ينبغي أن يعلم ، بسبق رفع دعوى الفسخ ، إذ كان من الواجب عليه قبل أن يقدم على ارتهان العقار أن يبحث فى سجلات الشهر العقارى فيجد أن صحيفة دعوى الفسخ قد شهرت . ويلاحظ أن شهر الحكم النهائى بالفسخ على الوجه الذى قدمناه (١) يكون على هذا النحو له أثر رجعى ، فإن هذا الحكم يحتاج به على الدائن المرتهن ، لا من وقت شهره فحسب ، بل أيضا من وقت شهر صحيفة الدعوى بالفسخ التى صدر فيها هذا الحكم ، أى من وقت متقدم على الوقت الذى شهر فيه الحكم . وهذا الأثر الرجعى هو الأمر الجوهري المقصود بشهر صحيفة الدعوى ، فما تطلب القانون شهر صحيفة الدعوى إلا ليجعل لشهر الحكم الصادر فى هذه الدعوى أثرا رجعيا ينسحب إلى وقت شهر الدعوى . فمنع القانون بهذه الطريقة المدعى عليه ، عند ما ترفع عليه الدعوى ، من أن يندفع إلى التصرف فى العقار قبل صدور الحكم النهائى إذا توقع أن هذا الحكم سيصدر لغير صالحه . وذلك بأن أوجب شهر صحيفة الدعوى حتى يكون الشهر حجة على من يتصرف له المدعى عليه ، وجعل لشهر الحكم النهائى أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، فيصبح الحكم حجة على الغير الذى تصرف له المدعى عليه .

(الحالة الثانية) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد الرهن قبل شهر دعوى الفسخ . فى هذه الحالة لا يكون الحكم النهائى بالفسخ ، حتى لو شهر ،

حجة عليه ، ويبقى حق رهنه قائماً بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشتري بعد فسخ البيع محملاً بحق الرهن . ولكن يشترط في ذلك أن يكون الدائن المرتهن وقت أن ارتهن العقار حسن النية ، أى لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم أن هناك سبباً لفسخ البيع ويعتقد أن ملكية المشتري الراهن ملكية باثة لا عيب فيها ولا تقبل النقض (١) . فإذا كان سبب النية يعلم بعيب في ملكية المشتري أو أنها ملكية معرضة للفسخ ، كان الحكم النهائي بالفسخ إذا شهر حجة عليه فيزول حق الرهن بحكم الأثر الرجعى للفسخ ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشتري خالياً من الرهن .

وإذا فرض أن الدعوى المرفوعة ، بدلاً من دعوى الفسخ ، هى دعوى صحة التعاقد (مثلاً دعوى صحة ونفاذ البيع) وشهر المشتري صحيفة الدعوى ، فإذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية وسجل المشتري الثانى عقده بعد شهر صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع ، فإن الحكم النهائي الذى يصدر في الدعوى متى سهر يكون حجة على المشتري الثانى كما سبق القول في الحالة الأولى . أما إذا سجل المشتري الثانى عقده قبل شهر صحيفة الدعوى ، فإن

(١) كانت المادة ١٧ من قانون الشهر المقارى تنص في فقرة ثالثة على ما يأتى : « ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه الدعوى » . وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى ، ولذا صدر مرسوم في ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ بمحذوها تصحيحاً للنص (الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٧ هامش ١) .

وتنص المادة ١٠٣٤ مدنى على أنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقاً للمادة ١٧ من قانون الشهر المقارى ، بفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن يكون حسن النية إذا كان قد قيد رهنه بعد شهر صحيفة دعوى الفسخ كما سبق القول ، وذلك لتوفيق ما بين النصين (الوسيط ٤ فقرة ٤١٠ ص ٨٢٩ - وانظر أيضاً الوسيط ١ فقرة ٣٤١ وفقرة ٤٧٩) . والغير الذى كسب حقه وشهره قبل شهر صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب هذا الحق بمقد جدى لا بمقد صورى ولا بمقد باطل ، لأن الشهر لا يمكن أن يرتب للمقد الصورى ولا للمقد الباطل آثاراً قانونية لم تكن له قبل الشهر ، فيقف في مضمار المفاضلة مع عقد جدى ولو كان غير مسجل (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٧ هامش ١ والأحكام المشار إليها فيه) . وانظر أنور سلطان في البيع الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ فقرة ١٧٥ ص ٢١١ - حسن كيرة ص ١٣ .

الحكم النهائي الصادر في دعوى صحة التعاقد ، حتى لو شهر ، لا يكون حجة عليه ، بشرط أن يكون حسن النية . وحسن النية هنا ليس معناه مجرد عدم علم المشتري الثاني يسبق صدور بيع من البائع ، فان المشتري الثاني في دعوى صحة التعاقد لا يكون سىء النية إذا سبق إلى التسجيل ، ولا يكون تسجيله باطلا ، إلا إذا كان متواطئا مع البائع للإضرار بالمشتري الأول (١) ، وقد قدمنا أن التسجيل في قانون الشهر العقاري لا يبطله إلا التواطؤ (٢) .

١٥١ - ما يترتب على شهر الرعاوى من أثر في قانون السجل العيني :

تنص المادة ٣٥ من قانون السجل العيني على أنه « يترتب على التأشير بالدعوى في السجل العيني أن حق المندعي ، إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات في السجل ابتداء من تاريخ التأشير بهذه الدعوى في السجل . وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى الأحكام

(١) ويجب التمييز بين تحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعوى الطعن في التصرف (كدعوى النسخ ودعوى الإبطال) ودعوى الاستحقاق ، وتحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعوى صحة التعاقد . وبعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري على الوجه السابق بيانه (أنظر آتفا ص ٤١٣ هامش ١) ، وهي الفقرة التي كانت تحدد معنى حسن النية ، أصبح القضاء حراً في تحديد هذا المعنى في الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها . فحسن نية المشتري بالنسبة إلى دعوى الطعن في التصرف ودعوى الاستحقاق يجب أن يكون عدم العلم بمعيب سند البائع وقت تعاقد المشتري معه في دعوى الطعن في التصرف ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بشان في دعوى الاستحقاق . أما في دعوى صحة التعاقد ، فلا يصح أن يكون مجرد علم المشتري الثاني سبق تصرف البائع في العقار نافيا لحسن نيته . فالصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكا لما يبيع ، ومن حق المشتري الثاني أن يفترقه من المالك ولوسبق للمالك التصرف فيه ، فقد يكون هذا التصرف معيبا ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته . وإنما يكون المشتري الثاني سىء النية إذا تواطأ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول ، بأن أتمم حل الشراء وهو عالم بالبيع الأول متواطئا في ذلك مع البائع ، وبأدر إلى تسجيل عقده قبل أن يتمكن المشتري الأول من شهر صحيفة دعواه بصحة وفعاد البيع الأول . أنظر في ذلك ما قدمناه في الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ - ص ٥٥٠ - شفيق شحاتة فقرة ١٩٦ . وانظر في مجاوزة واضعي قانون الشهر العقاري للغرض الذي قصدوا إليه عندما نقلوا المادة ٢/١٧ من قانون الشهر العقاري من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل انصافا في سنة ١٩٢٣ : الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ هامش ١ .

(٢) أنظر آتفا ص ٣٧٣ - وقارن حسن كيرة ص ١٤ - ص ١٥ .

النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار . ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يؤثر بالحكم النهائي الصادر في الدعوى التي شہرت صحيفتها في السجل العيني في خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا (١) . وفي هذه الحالة يكون الحكم النهائي حجة على الغير ، ممن ترتبت لهم حقوق عينية على العقار وأثبتت لمصلحتهم بيانات في السجل العيني ، بأثر رجعي ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى . فإذا كانت للدعوى يطالب فيها البائع بفسخ بيع عقار صادر منه ومقيد في السجل العيني ، وكان المشتري قد رتب رهنا على هذا العقار ، ولكن البائع شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل أن يقيد الدائن المرتهن حق رهنه في السجل العيني ، فإن الحكم النهائي الصادر بفسخ البيع إذا أثر به في السجل يستند أثره إلى الماضي أي إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ ويكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان حسن النية ، فيزول الرهن ، ويسترد البائع من المشتري العقار خاليا من هذا الحق . أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه في السجل

(١) والأحكام التي صدرت أو تصدر قبل العمل بقانون السجل العيني ، والتي لم تكن قد أثر بها طبقا لأحكام قانون الشهر العقاري التي صدرت أو تصدر هذه الأحكام في ظله ، ينسحب عليها قانون السجل العيني بأثر رجعي ، ويوجب هذا القانون التأشير بها في خلال خمس سنوات ، لامن وقت صيرورتها نهائية وإلا كان في ذلك عنت لا يبرره إذ يحتمل أن يكون قد انقضى هذا الميعاد أو كاد ينقضى وقت العمل بقانون السجل العيني ، بل من وقت العمل بقانون السجل العيني . فيكون أمام من صدرت هذه الأحكام لمصلحتهم خمس سنوات كاملة للتأشير بهذه الأحكام ، ويتساوون بذلك مع من تصدر أحكام لمصلحتهم منذ العمل بقانون السجل العيني فهو لا أمامهم أيضا خمس سنوات كاملة منذ صيرورة الأحكام نهائية لتأشير بها .

ويلاحظ أن من صدرت أحكام لمصلحتهم في ظل قانون الشهر العقاري كان لهم ، بموجب أحكام هذا القانون الأخير ، أن يؤثروا بأحكامهم في أي وقت ولو بعد انقضاء خمس سنوات ، فينسحب أثر التأشير بالحكم إلى وقت شهر صحيفة الدعوى . فإذا ما أدركهم قانون السجل العيني ولم يكونوا قد أثروا بأحكامهم ، لا يصبح أمامهم إلا خمس سنوات منذ نفاذ قانون السجل العيني لتأشير بأحكامهم . فإن انقضى هذا الميعاد دون أن يؤثروا بهذه الأحكام ، ثم أثروا بها بعد ذلك ، فإن أثر التأشير لا ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، بل لا يكون لتأشير أثر إلا من وقت التأشير بالحكم .

العيني قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ ، فان الحكم بالفسخ ، حتى لو أشر به في السجل العيني ، لا يكون حجة على الدائن المرتهن ، ويبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع من المشتري العقار محملا بهذا الحق . وهنا ، في قانون السجل العيني بخلاف قانون الشهر العقاري ، لا يشترط أن يكون الدائن المرتهن حسن النية حتى يظل حق رهنه قائما . فما دام هذا الدائن قد قيد حق رهنه في السجل العيني قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ ، فان لقيد حقه حجية مطلقة لا يزيلها سوء النية بل ولا التواطؤ ، فيبقى حقه قائما محتج به على البائع حتى بعد صدور حكم نهائي بفسخ البيع وبعد استرداد البائع العقار المرهون من تحت يد المشتري ، فيسترده مثقلا بحق الرهن .

(الحالة الثانية) أن يوثق بالحكم النهائي الصادر في الدعوى التي شهرت بصحتها في السجل العيني ويكون التأشير بعد انقضاء خمس سنوات من وقت صيرورة الحكم نهائيا . وفي هذه الحالة لم يرد المشرع في قانون السجل العيني أن يمنع من صدر الحكم لصالحه الميزة التي منحها له فيما لو أشر بالحكم في خلال الخمس السنوات ، فسكت عن أن يجعل للتأشير بالحكم أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، وذلك جزاء له على تأخره في التأشير بالحكم ، وحثا لمن صدرت أحكام لمصلحتهم على ألا يتأخروا عن التأشير بها أكثر من خمس سنوات . ومن ثم تسرى القواعد العامة في هذه الحالة ، ولا ينتج التأشير بالحكم - ونفرضه حكما بفسخ البيع - أثره إلا من وقت التأشير به في السجل العيني ، دون أثر رجعي يستند إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ . وعلى ذلك إذا ترتب حق رهن مثلا على العقار ، وقيد الدائن المرتهن حقه في السجل العيني بعد التأشير بحكم الفسخ ، كان الحكم حجة على هذا الدائن وزال حق رهنه بفسخ البيع ، واسترد البائع من تحت يد المشتري العقار خاليا من هذا الرهن . أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل التأشير بحكم الفسخ ، ولو بعد رفع دعوى الفسخ ، بل ولو بعد شهر صحيفة هذه الدعوى ، فان التأشير بالحكم بالفسخ لا يكون حجة على الدائن المرتهن ، حتى لو كان سيء النية أي كان يعلم وقت أن ارتهن العقار أن

هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع ، بل ولو كان متواطئاً مع المشتري .
 فيبقى حق رهنه قائماً بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع من تحت يد
 المشتري العقار المرهون مثقلاً بهذا الحق . ذلك أن قيد الرهن في السجل
 العيني له حجية مطلقة كما قدمنا لا يزيلها سوء النية ولا التواطؤ ، ثم إن
 البائع لم يؤثر بحكم الفسخ إلا بعد خمس سنوات من صيرورة الحكم نهائياً ،
 فيكون قيد الرهن حجة عليه إلى وقت التأشير بالحكم ، حتى لو كان قد
 شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل ذلك .

المبحث الثاني

إجراءات الشهر

المطلب الأول

إجراءات الشهر في قانون الشهر العقاري

١٥٢ - **تحرير الموضوع :** نوجز القول في إجراءات الشهر في قانون

الشهر العقاري . فهي إجراءات تغلب فيها الناحية العملية ، ويرجع فيها
 إلى ما جرى عليه العمل في مكاتب الشهر العقاري وهو ما يضيق عنه هذا
 الكتاب .

ونستبعد من بحثنا : (١) تنظيم مكاتب الشهر ، ويمكن الرجوع إلى
 قانون الشهر العقاري (في الباب الأول منه) للإلمام بهذا التنظيم (١) .

(١) أنشأ قانون الشهر العقاري مكاتب للشهر العقاري في المديريات والمحافظات ، يعين
 بمرسوم دائرة اختصاص كل منها ، وتتولى شهر المخررات التي تنفي القوانين بتسجيلها
 أو بقيدها . ويلحق بكل مكتب مأموريات ، يعين بقرار من وزير العدل اختصاص كل منها .
 وأنشأ القانون مكتباً رئيسياً مقره مدينة القاهرة يرأسه أمين عام ، ويتولى إدارة مكاتب الشهر
 العقاري ومراقبتها وحفظ صور لجميع المخررات التي شهرت فيها وصور من الفهارس
 الخاصة بها . وتقوم مكاتب الشهر بإثبات المخررات في دفاتر الشهر والتأشير عليها بما يفيد
 شهرها ، وتصوير المخررات التي يطلب شهرها ، وحفظ أصول المخررات التي شهر وموافاة
 الجهات المختصة بصور منها . وباعداد فهارس المخررات التي شهر ، وبإثباتات الحاشية
 وإرسال صور منها للمكتب الرئيسي ، وبإعطاء الصور التي تطلب من المخررات التي تم شهرها ،
 وبالترخيص في الإطلاع والكشف العقاري . ونص القانون على صدور مرسوم بلائحة تنفيذية
 تشمل على تنظيم دفاتر الشهر ودفتر الفهارس ، وعلى التنظيم الداخلي لمكاتب الشهر العقاري

(٢) إجراءات فيد الحقوق العينية التبعية (في الباب الخامس من قانون الشهر العقاري) ، لأن الكلام فيها يكون عند الكلام في التأمينات العينية في الجزء العاشر من الوسيط . (٣) إجراءات شهر حق الإرث (في الباب السادس من قانون الشهر العقاري) ، فقد سبق بيانها (١) . (٤) وقد مضى القول في المحررات الواجب شهرها (في الباب الثاني من قانون الشهر العقاري) ، وهو ما قدمناه في المبحث الأول . أما الباب السابع والأخير من قانون الشهر العقاري ، فيعرض لأحكام وقتية ، سيأتي بيان بعضها في موضعه .

فلا يبقى من أبواب قانون الشهر العقاري إلا بابان : الباب الثالث في إجراءات الشهر بوجه عام . والباب الرابع في التأشيرات الهامشية . ونقتصر - في إيراد إجراءات الشهر موجزة - على هذين البابين . ويتبين من الرجوع إليهما أن هناك مسائل أربعة تستوجب البحث : (١) طلب الشهر والتأشير عليه بقبول إجراء الشهر . (ب) مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر . (ج) توقيع المحرر وعملية التسجيل . (د) التأشير الهامشي .

والمأموريات وسر النبل فيها . وقد صدر هذا المرسوم فعلا باللائحة التنفيذية في ١٤ أغسطس سنة ١٩٤٦ .

أما المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق فينشئ في كل محافظة مكتباً للشهر العقاري والتوثيق ، وتتبع هذه المكاتب مصلحة الشهر العقاري والتوثيق . ويلحق بكل مكتب مأموريات للشهر والتوثيق ، يعين بقرار من وزير العدل دائرة اختصاص كل منها . وتتولى مصلحة الشهر العقاري والتوثيق إدارة مكاتب الشهر العقاري والتوثيق ومراقبتها ، وحفظ صور المحررات التي شهِرت أو وثقت فيها وصور من الفهارس الخاصة بها . واختصاصات مكاتب الشهر العقاري في المشروع ماثلة تقريبا لاختصاصات هذه المكاتب في قانون الشهر العقاري .

وتنشئ المادة ٣ من قانون الشهر العقاري مجلساً للشهر العقاري - رئيسه الأمين العام وأعضاؤه ستة يعينون بقرار من مجلس الوزراء لمدة ثلاث سنوات يكون من بينهم من يمثل جهة القضاء ومصلحة المساحة وبيوت الائتمان العقاري - تعرض عليه مشروعات القوانين واللوائح والقرارات والمنشورات المتعلقة بالشهر العقاري ، وله اقتراح ما يرى إدخاله على نظام الشهر من تعديلات ، ويبحث ما يقدّم إليه من اقتراحات في هذا الشأن . وقد ألغى المشروع الجديد هذا المجلس ، إذ لم يشر إليه في نصوصه .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ وفقرة ٧٠ .

١٥٣ - طلب الشهر والنأسبر عليه بقبوله لشهر : يقدم طلب الشهر ،

من أصل وصورتين ، للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، موقعا عليه من صاحب الشأن^(١) أو من يقوم مقامه قانونا كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم^(٢) . ويجب أن يشتمل ، فضلا عما يتطلبه القانون في أحوال خاصة ، البيانات الآتية : (أولا) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته^(٣) واسم أبيه وجده لأبيه . ويجب أن يتبين صفة مقدم الطلب . كما في حالة قيام وكيل أو وصى أو قيم باجراء الشهر ، ويرفق بالطلب التوكيل أو قرار المحكمة أو أى مستند آخر يفيد هذه الصفة . (ثانيا) البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه وحدوده ومساحته ، فال كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والنحوض . ورقم القطعة ، وإن كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد . وإذا اقتضى التصرف تغييرا في دفاتر المكلفة ، وجب أن يتضمن الطلب بيانا عن رقم المكلفة الخاصة بالعقار وسنّها واسم صاحب التكليف حسبما هو ثابت في آخر ورز للمال أو قسيمة العوايد أو من واقع مستخرج رسمى من دفاتر المكلفات . ويقرن الطلب بما يؤيد بيانات التكليف من مستندات لينسب للمأمورية مراجعتها واتخاذ اللازم نحو إجراء التغيير في دفاتر المكلفات ، حتى تكون كاشفة عن جميع التطورات التي طرأت على الملكية العقارية . ويجب أيضا أن يتضمن الطلب بيان الحقوق العينية المقررة على العقار ، وعلى الأخص ارتفاعات الرى والصرف .

(١) وليس من الضروري أن يوقع الطلب جميع أصحاب الشأن في المهر ، بل يمكن توقيع أحد أطراف التعايد ، المتصرف أو المتصرف إليه إذا كان الطلب يتعلق بمقد أو إسهاد . وفى غير ذلك من المهرات ، كصحف الدعاوى والأحكام ، يمكن أن يوقع الطلب من كان المهر لصالحه .

(٢) أنظر العبارة الأخيرة من المادة ١٩ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق .

(٣) ويصح الاكتفاء بذكر محل الإقامة المختار ، فيصبح كل إخطار يوجه إلى صاحب الشأن فيه صحيحا وملزما قبل مصلحة شهر العقارى .

(ثالثاً) بيان موضوع المهر المراد شهره ، وبيان المقابل (من ثمن أو بدل) أو مقدار الدين (في حالة الرهن) إن وجد . (رابعاً) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف ، وذلك في العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد (١) . ويجب أن تشمل هذه البيانات على اسم المالك أو صاحب الحق العيني السابق ، وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني إليه ، ورقم وتاريخ شهر عقد التملك إن كان قد شمر . وبقرن الطلب بالأوراق والمستندات المؤيدة لهذه البيانات (٢) . ولا يقبل من المهرات ، فيما يتعلق بآثبات أصل الملكية أو الحق العيني ، إلا المهرات الآتية : (١) المهرات التي سبق شهرها ، ففي حالة تلقى البائع أو الراهن الملكية بعقد أو حكم سبق شهره يكتفى بتقديمه . (٢) التصرفات التي تتضمن تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت تم قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ تاريخ العمل بقانون الشهر العقاري ، والمقصود بذلك الوصية لأنها لم تكن خاضعة للشهر قبل هذا التاريخ . ويشترط أن تكون الوصية قد تمت ، ومات الموصي ، وقبلها الموصى له ، قبل أول

(١) وقد اعتبر الحكم بصحة التعاقد مجرد إثبات لحصول التعاقد ، فلا يعم طالب الشهر من تقديم جميع المستندات التي يقدمها صاحب الشأن في العقود والإشهادات غير المتنازع عليها ولم تقتض استصدار حكم بصحة التعاقد . ولو سيج بشهر حكم صحة التعاقد دون مراجعة ، لأمكن من يشاء التحلل من تقديم المستندات المثبتة لأصل حق الملكية أن يتوطأ مع التعاقد الآخر على إقامة دعوى بصحة التعاقد ، ثم شهر الحكم الذي يصدر دون تقديم المستندات .

هذا وقد زادت المادة ٢١ (سادساً) من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، على العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد ، ما يأتي : « أحكام القسمة ، وأحكام تثبيت الملكية إذا بنيت على الإقرار بأصل الالتزام أو على التسليم للمدعى بطلباته ، وكذلك توثيق الصلح بين الخصوم أو إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ، وأوامر الاختصاص » . وذلك حتى لا تشهر أحكام يحتمل أن يكون الخصوم قد تواطؤوا على استصدارها ، وحتى يقضى على كل محاولة في الاستيلاء على أملاك الغير عن طريق هذا التواطؤ .

(٢) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (م ١٩) على أن تقدم طلبات الشهر « على النموذج الممد لذلك في مقابل رسم قدره خمسون ملياً لكل وحدة » . وأريد بوضع نموذج لطلب الشهر التيسير للجمهور المتعاملين في أن يعرفوا ما يجب أن يتضمنه الطلب من البيانات وما يجب تقديمه من المستندات ، فيمكن الطالب أن يعتمد على نفسه في إعداد الطلب . وقد أعد أيف مشروع قانون بتنظيم مهنة الوساطة في أعمال الشهر ، بحيث لا يتولاه إلا من يعيدها ويكون معروفًا بحسن الخلق فلا يستغل الجمهور .

يناير سنة ١٩٤٧ ، فلا عبرة لإذن بتاريخ تحرير الوصية ، ولا بتاريخ وفاة الموصى ، بل العبرة بانتقال الملكية إلى الموصى له قبل هذا التاريخ . (٣) المهررات التي ثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ تاريخ العمل بقانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، لأن الملكية كانت تنتقل قبل هذا التاريخ فيما بين المتعاقدين بغير تسجيل ، فالعقد الذي ثبت تاريخه قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ يعتبر في حكم العقد المسجل من حيث انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين . ويشترط أن يكون ثبوت التاريخ عن غير طريق وجود ختم أو توقيع لإنسان توفي ، فقد شروهد من استقراء الحوادث أن كثيرا من المتعاملين يلجأون إلى إثبات تاريخ عقود غير ثابتة التاريخ عن طريق ختمها بختم إنسان توفي قبل سنة ١٩٢٤ وترك ختمه بعد وفاته ، أو عن طريق تزوير توقيعهم على هذه العقود (١) . (٤) المهررات التي تحمل تاريخا غير ثابت سابقا على سنة ١٩٢٤ ، إذا كان قد أخذ بها في مهررات تم شهرها أو نقل التكليف بموجبها لمن صدرت لصالحه . فما دام العقد غير ثابت التاريخ قد اعتبر مستندا لأصل الملكية في مهرر تم شهره أو نقل التكليف بموجبه ، فقد وجب أن يعتبر مستندا لأصل هذه الملكية في ظل قانون الشهر العقاري . وقد أضافت المادة ٥٥ من هذا القانون (في أحكامه الوقتية) ، إلى المستندات التي تعتبر أصلا للملكية ، المهررات التي تحمل تاريخا غير ثابت سابقا على أول يناير سنة ١٩٢٤ ، إذا كان المهرر الذي يراد شهره قد تم توقيعهم أو التصديق على الإماءات فيه أو صدر بشأنه حكم بصحة التعاقد أو التوقيع قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ . ذلك لأن المهرر المراد شهره يكون في هذه الحالة قد تمت مراجعته نهائيا طبقا لأحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، وأشر عليه من قلم استعمال المساحة بختم « نظر » ومدد عنه الرسم ،

(١) وقد صدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ يقضي بأن يستبعد من طرق إثبات التاريخ وجود توقيع أو ختم لإنسان توفي قبل سنة ١٩٢٤ في المهررات المقدمة مستندا لأصل ملكية المتصرف ، وقد سار قانون الشهر العقاري على هذا المبدأ .

وتم توثيقه أو التصديق على التوقيع فيه ، فلا يسرى عليه قانون الشهر العقاري (١) .

ويدون الطلب « بدفتر أسبقية الطلبات » (٢) ، مع ذكر تاريخ وصاعه تقديمه للمأمورية . فاذا قدم للمأمورية طلبان متعارضان أو أكثر في شأن عقار واحد ، كما لو باع شخص عقارا مرتين وتقدم المشتريان بطلبين للشهر يسبق إحداهما الآخر بوقت معين ، وجب بحث الطلب الأسبق مع وقف الطلب أو الطلبات اللاحقة إلى أن يتم التصرف في الطلب الأول . فاذا كان الطلب الأول تام الإجراءات ، بحث وسلم إلى صاحبه . ثم يبحث الطلب الثاني المزاحم ، ولا يسلم إلى صاحبه إلا بعد انقضاء فترة على تسليم الطلب الأول تساوى الفترة التي تقع بين ميعاد تدوين كل منهما في دفتر

(١) أنظر في التعليمات التي أصدرتها مصلحة الشهر العقاري فيما إذا كان أصل الملكية هو التملك بالتقادم الطويل : محمود شوقي في الشهر العقاري علما وعملا ص ٨٠ - ص ٨٢ - وقد قن المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ما جرى عليه العمل في هذا الصدد فيما استحدثه من نصوص في آخر المادة ٢٢ منه على الوجه الآتي : « وإذا ثبت أن أصل الملكية أو الحق العيني لا يستند أساسا إلى مجزأ مما يعتبر مقبولا لذلك ، أو ثبت وجود هذا المحرر وتعذر تقديمه ، فيكفى بتقديم كشوف رسمية من دفاتر التكليف تثبت ورود العقار في تكليف المتصرف أو مورثه مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب بالنسبة للأرض الزراعية وابتداء من سنة ١٩٢٣ بالنسبة للمقارات المبنية الكائنة في المدن المربوطة بموايد المياه ، بشرط أن يكون التكليف الحالي باسم الصادر منه المتصرف أو مورثه تعز في الحالتين بمحضر في الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو مورثه مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب . على أنه يكفي ، بالنسبة للمقارات الكائنة في سكنات القرية المعفاة من الضرائب في الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو مورثه ابتداء من سنة ١٩٢٣ حتى تاريخ تقديم الطلب . واستثناء من أحكام الفقرة الأولى ، إذا تبين أن المحرر المقدم لإثبات أصل الملكية أو الحق العيني يتعارض مع مستند المالك الحقيقي ، فلا يقبل هذا المحرر في إثبات الفرض المشار إليه » .

(٢) ويبين في هذا الدفتر مراحل العمل بالطلبات والمشروعات (أنظر م ٢٠ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق وهي تنشى مع المادة ٢/٤٧ من قانون السجل العيني) . وقد نصت المادة ٢٤ من قانون الشهر العقاري (المعدلة بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٥٠) على أن « يؤدى رسم قدره خمسون قرشا عند تقديم الطلب ، ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب . وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلبا بالامتداد ، وأدى عنه الرسم المطلوب » .

أسبقية الطلبات ، بحيث لا يتجاوز الفترة سبعة أيام . أما إذا كان الطلب الأول ينقصه بعض البيانات أو المستندات ، فإنه يعود لصاحب الشأن أجل لاستيفاء النقص لا يتجاوز خمسة عشر يوماً . فإذا استوفى الانتص في الميعاد ، فحص الطلب وسلم لصاحبه ، ويجب انقضاء الفترة اللازمة قبل تسليم الطلبات اللاحقة لأصحابها . أما إذا لم يتم صاحب الشأن باستيفاء النقص في الميعاد المحدد ، رفع رئيس المأمورية الأوراق إلى أمين مكتب الشهر الذي تتبعه المأمورية فيقرر أمين المكتب إما سقوط أسبقية الطلب الأول ويجب أن يكون هذا القرار مسيباً ، أو وقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية إذا كان تخلف صاحب الطلب الأول عن استيفاء النقص لا يرجع إلى تقصير منه (١) .

(١) ويستطيع من قرار أمين المكتب سقوط أسبقية طلبة ، أو من طوب باستيفاء بيان لا يرى وجهاً له ، أن يلجأ إلى نظام الشهر الموقت ، إذ نصت المادة ٣٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « لمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجهاً له ، ولمن تقرر سقوط أسبقية طلبة بسبب ذلك ، أن يتقدم بالحرر نفسه ... وذلك في خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار الاستيفاء أو السقوط إليه ، ويطلب إلى أمين المكتب إعطاء هذا الحرر . . رقماً وقتياً بعد أداء الرسم ، وتوثيق الحرر أو التصديق على التوقيعات فيه إن كان من المحررات الترفعية ، وبعد إبداء كفالة قدرها نصف في المائة من قيمة الالتزام الذي يتضمنه الحرر ، على ألا يزيد مقدار هذه الكفالة على عشرة جنيهات ، ويجب أن تبين في الطلب الأسباب التي يستند إليها الطالب . وفي هذه الحالة يجب على أمين المكتب إعطاء الحرر . . رقماً وقتياً في دفتر الشهر المشار إليه في المادة ٣١ ودفاتر الفهارس ، وأن يرفع الأمر إلى قاضي الأمور الوقفية بأحكام الابتدائية التي يقع المكتب في دائرتها . ويصدر القاضي قراره على وجه السرعة بإبقاء الرقم الوقفي بصفة دائمة أو بإلغائه تبعاً لتحقيق أو تخلف الشروط التي يتطلب القانون توافرها لشهر الحرر . . ولا يجوز الطعن في القرارات التي تصدر على هذا الوجه بأي طريق . . ونصت المادة ٣٦ من نفس القانون على أنه « إذا صدر قرار القاضي بإبقاء الرقم الوقفي ، وجب التأشير بذلك في دفتر الشهر ودفاتر الفهارس ، واتخاذ باقي الإجراءات وعلى الأخص ما يتعلق منها بالتصديق . وإذا صدر القرار بإلغاء الرقم الوقفي ، وجب التأشير بذلك في دفتر الشهر ودفاتر الفهارس ، وتصادر الكفالة المنتقمة ذكرها بقوة القانون ، ويرد المرد . . لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه . »

هذا وقد النى المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق نظام الشهر الموقت ، ونص في المادة ٢٨ منه على إنشاء دفتر يومية تفيد فيه طلبات الشهر ، فيتمكن مكتب الشهر من مراجعة المحررات التي تقدم إليه ، على أن تكون في دفتر الشهر بعد مراجعتها في اليوم التالي . ولمواجهة حالات التمازض بين المحررات المقدمة لمكاتب الشهر إذا ما قدم أكثر من محرر في شأن عقار واحد ، والتي أغفلها قانون الشهر العقاري ، نص على مدم جواز شهر محرر لاحق =

وبهذا تنقرر الأسبقية فيما بين الطلبات المتعارضة ، فيقدم الطلب السابق على الطلب اللاحق ، ما لم يتقرر نهائياً سقوط أسبقية الطلب السابق (١) .

وبحث الطلب يكون من الناحية المادية ، ومن الناحية القانونية . فمن الناحية الهندسية ألحق بالمأموريات أنظام استعلامات هندسية ، وهذه تراجع الطلب من الناحية المساحية للتثبت من موقع العقار وحدوده ومسطحه ، وقد ينتقل القلم الهندسى لمعاينة العقار على الطبيعة وتحديد بوضع علامات حديدية عليه . فاذا ما أتم الطلب الهندسى بحث الطلب من الناحية المساحية ، بحث الطلب بعد ذلك من الناحية القانونية . فتتولى المأمورية بحث البيانات الواردة فيه للتأكد من مطابقتها للأوضاع المقررة قانوناً ، ثم تبحث المستندات المرافقة للطلب لتثبت بوجه خاص من أصل الملكية بفحص المستندات المقدمة من البائع مثلاً لإثباتا للملكية . فاذا ما تم بحث الطلب من الناحيتين الهندسية والقانونية ، أشرت المأمورية بالقبول للشهر بحتم نقش عليه عبارة « مقبول للشهر » (٢) .

سقبل محرر سابق يتعارض معه إلا إذا صدر قرار نهائى من أمين المكتب باسقاط أسبقية المحرر السابق . وتوسع المشروع في الحالات التى يجوز فيها التنظيم من قرارات المأمورية ومن قرارات المكتب ، وفرض رقابة قضائية قبل العظم لقاضى الأمور المستعجلة حتى يستطيع عمل المصلحة قبل الحكم بإدائه وجهة النظر الفنية التى قد لا تظهر بوضوح إذا ترك الأمر للذكرات التى تقدم لقاضى الأمور الوقتية (أنظر فى كل ذلك المواد ٣٣ - ٣٩ من المشروع) .

(١) وفى حالة عدول أصحاب الشأن من التسجيل لا يرد ما سبق دفعه من رسوم التسجيل حتى لو سلمت الجهة الإدارية خطأ بأحقية دافع الرسم فى استرداده (نقض مبنى ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ بمجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٩ ص ١٨٧) - وانظر أيضاً نقض مبنى ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ بمجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٣٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٦٣ بمجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٢٥٤ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ بمجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٠٩٨ .

(٢) والأصل أن تؤشر المأمورية على أصل الطلب بعبارة « مقبول للشهر » . ولكن كثيراً ما يحدث أن تكون الحدود والمساحات الخاصة بالمعار لا تطابق الواقع ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بباقي البيانات الواردة فى الطلب . فتجرى المأمورية التصحيحات اللازمة ، وتكون هذه التصحيحات فى نموذج خاص اسمه « إخطار بالقبول للشهر » . وتسترشد المأمورية فى تحرير هذا الإخطار بما أدرجه مقدم الطلب من بيانات ، وما أسفر عنه بحثها لهذا الطلب من المستندات المقدمة ومن الدفاتر والمرائط والمراجع الموجودة بها . ويختم هذا الإخطار بختم « مقبول للشهر » وإذا لم يتقدم صاحب الشأن لتسلم الإخطار فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ تحريره ، أرسل إليه مع المستندات المقدمة منه فى العنوان الذى بينه فى الطلب .

١٥٤ - مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بمدة مرمية للشهر :

يعتبر « القبول للشهر » ترخيصاً لصاحب الشأن في إعداد المحرر المراد شهره ، بعد أن تكون المأمورية قد ضبطت البيانات الخاصة بالعقار وأصل ملكيته ، وتأكدت من مطابقة المحرر من ناحية الشكل لجميع الشروط المنصوص عليها في القانون لإجراء الشهر . وقد انتهت بالتأشير على الطلب بالقبول للشهر وهي الخطوة الأولى من المرحلة التمهيدية للشهر ، وتأتي بعد ذلك الخطوة الثانية لهذه المرحلة التمهيدية وهي تحضير مشروع المحرر .

فاذا كان المحرر المراد شهره عرفياً ، وجب أن يحمر على الورق الأزرق الخاص المعد لذلك ، ويكون التحرير بالمداد الأسود ، وهذا هو الأصل الذي يحفظ ويتخذ منه صور فوتوغرافية . وإذا كان المحرر رسمياً ، كان التحرير على ورق أبيض عادي مسطر ، وبعد توثيقه تحفظ منه الصورة الأولى وهي محررة على الورق الأزرق ، وتتخذ من هذه الصورة الصور الفوتوغرافية . وفي الحالتين يجب أن يشتمل المحرر على جميع البيانات الواردة في « إخطار القبول للشهر » ، فيجب إذن أن يكون مشروع المحرر صورة كاملة لما هو وارد في إخطار القبول من بيانات ، وإلا وجب تقديم طلب جديد برسم جديد وأسبقية جديدة .

فاذا أعد مشروع المحرر على النحو سالف الذكر ، قدمه صاحب الشأن إلى المأمورية مقروناً به إخطار القبول أو صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر وجميع المستندات التي سبق تقديمها مع الطلب . فتقوم المأمورية بتدوينه ، بحسب تاريخ وساعة تقديمه ، « بدفتر أسبقية مشروعات المحررات » . فاذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر خاص بنفس العقار ، وجب بحث هذه المشروعات بحسب ترتيب تقديمها ، وإعادة المشروعات إلى أصحابها بنفس الترتيب بعد انتضاء فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تقديم كل منها بحيث لا تتجاوز الفترة خمسة أيام (١) .

(١) ولم يقصد بنظام الأسبقية ، في الطلبات وفي مشروعات المحررات ، حماية صاحب الطلب أو المشروع الأول حماية مطلقة . ولكن أريد منه فترة مناسبة ليبادر إلى استكمال الخطرات اللازمة للشهر في أثنائها ، حتى يحفظ بأسبقية . أما إذا سلم صاحب الطلب الأول إخطار القبول فأهمل في تقديم مشروع المحرر ، وبادر صاحب الطلب الثاني إلى تقديم مشروع

وبحث مشروع المحرر يكون بالتثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه .
بيانات الطلب الخاص به ، فاذا وجدت مطابقة أشرت المأمورية على مشروع
المحرر بصلاحيته للشهر ، وذلك بوضع خاتم عليه في صدره وفي آخره من
التأخيرتين يسمى خاتم « صالح للشهر » (١) .

١٥٥ - توقيع المحرر وعملية التسجيل : تنتهى بالتأشير على مشروع

المحرر بالصلاحيه للشهر المرحلة التمهيدية لإجراءات الشهر ، فاذا ما تسلم
صاحب الشأن مشروع المحرر مؤشراً عليه بالصلاحيه للشهر قدمه إلى مكتب
التوثيق المختص أو إلى أحد فروع لتوقيعه من ذوى الشأن . فاذا كان المحرر
رسمياً تولى مكتب التوثيق عملية توقيعه ، وإذا كان عرفياً تولى مكتب
التوثيق التصديق على توقيعات ذوى الشأن . ولا تتم عملية التوقيع أو التصديق
إلا بعد دفع رسم التوثيق أو التصديق ورسوم التسجيل كاملة .

ثم يقدم صاحب الشأن المحرر بعد توقيعه لمكتب الشهر الكائن في دائرته
العقار ، وهو المكتب الذى تتبعه المأمورية التى تولت إتمام المرحلة التمهيدية
لشهر ، ويرفق بالمحرر جميع المستندات المؤيدة للصفة والتكليف وأصل
الملكية . ويعطى مكتب الشهر لمن قدم المحرر إيصالا مبينا به رقم الشهر

محرره قبل صاحب الطلب الأول ، فان الثانى يكسب على الأول أسبقية في دفتر مشروعات
المحررات وينعكس الترتيب .

هذا وقد ألغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق أسبقية المشروعات اكتمالها
بأسبقية الطلبات ، تبسيطاً للإجراءات وتيسيراً على أصحاب الشأن ، فعدل المشروع المادة ٣٣ من
قانون الشهر العقارى على الوجه الآتى : « إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب في شأن عقار
واحد ، يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقاً لأسبقية تقديمها في الدفتر المعد لذلك ، وأن تنقضى
بين أبحاث الطلب السابق مؤشراً عليه بالقبول أو مشروعه مؤشراً عليه بالصلاحيه ، وإعادة
الطلب اللاحق أو مشروعه مؤشراً عليه بذلك ، فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد كل من
الطلبين ، على ألا تتجاوز هذه الفترة سبعة أيام . وتحسب الفترة المتقدم ذكرها عند إرسال نسخة
الطلب أو مشروع المحرر مؤشراً عليها لصاحب الشأن بالبريد من تاريخ الإرسال » .

(١) وإذا كانت البيانات غير مطابقة ، لم يقبل مشروع المحرر ، ووجب تقديم مشروع
جديد . وفي حالة ما إذا وجدت بيانات مطابقة ، وأشر على مشروع المحرر بصلاحيته
لشهر ، ولم يتقدم صاحب الشأن لتسلم مشروع المحرر في خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير
عليه بالصلاحيه للشهر ، تولت المأمورية إرسال المشروع إليه في محل إقامته المبين بالطلب .

وتاريخه ، وبين في الإيصال المستندات التي قدمها صاحب الشأن مع المحرر .
ورقم الشهر الذي يحمله الإيصال هو رقم مسلسل لكل محرر يقدم بحسب
ترتيب تقديم المحررات (١) ، بحيث لا يتم شهر محرر إلا في دور رقمه
المسلسل (٢) .

وتتم عملية التسجيل بتدوين المحرر في دفتر يعد لذلك بكل مكتب ،
ويسمى « بدفتر الشهر » (٣) ، وتثبت فيه المحررات بأرقام متتابعة وفقا
لتواريخ وساعات تقديمها للشهر ، وبحسب أسبقيتها في التقديم للمكتب .
ويحفظ أصل المحرر المدون على الورق الأزرق الخاص إن كان من المحررات
العرفية ، أو الصورة الأولى المحررة على الورق الأزرق الخاص إن كان من
المحررات الرسمية ، وذلك في أماكن خاصة معدة لهذا الغرض . أما الذي
يدون في دفتر الشهر فرقم الشهر وتاريخ ومساءة إجرائه واسم الصادر لمصلحته

(١) ونظام الأسبقية في الطلبات وفي مسروعات المحررات هو نفس نظام الأسبقية الذي
يتبع في الشهر النهائي . فإذا تباطأ صاحب المشروع الأول الصالح للشهر ، فن الجائز أن
يسبقه إلى التسجيل النهائي صاحب المشروع الثاني الصالح للشهر . ولما كانت العبرة بالتسجيل
النهائي ، فإن هذا الأخير يكسب الملكية أو الحق العيني نهائيا ، مع أنه كان في جميع المراحل
السابقة نائيا في الأسبقية لصاحب المشروع الأول .

(٢) ويسلم المحرر المعدل للشهر إلى قسم المراجعة بمكتب الشهر ، فيتولى القسم إعادة بحثه للتثبت
من أن تأثير المأمورية على مشروع المحرر بالصلاحيات للشهر لم يجانب الصواب في أي بيان
أو إجراء يتطلبه القانون ، كما يتولى مراجعة المحرر من ناحية الرسوم للتثبت من سلامة تقديرها .
ويتولى قسم المراجعة هل ملخص (chemise) للمحرر ، ويوقع مقدم المحرر على تعهد
في صدر هذا الملخص بقبوله رد المحرر إليه في عنوانه المبين في المحرر أو في أي عنوان آخر
يبيته في حالة ما إذا لم يتقدم لتسلمه في ظرف عشرة أيام من تاريخ تقديمه ، إذا اتضح أن به
نقصا في الإجراءات أو الرسوم يمنع من إجراء عملية الشهر .

(٣) ويقفل العمل في دفتر الشهر في ذيل آخر محرر قدم للشهر في ذلك اليوم ، مع
ذكر الساعة ورقم المحرر الذي حصل التأشير في ذيله ، ويوقع أمين المكتب أو الأمين المساعد
على هذه البيانات ، كل هذا حتى لا يشهر محرر بتاريخ يوم سابق على تاريخ تقديمه للشهر .
ويكون دفتر الشهر مرقم الصفحات ، وموقعا على كل ورقة فيه من الأمين العام للشهر المقارن
أو من يتدب لذلك بقرار من وزير العدل . ويفرد دفتر الشهر في كل مكتب لكل سنة ، فإذا انتهى
العمل في ٣١ ديسمبر من أي سنة حرر محضر في ذيل آخر محرر شهر في هذا التاريخ . وينتهي
العمل في هذا الدفتر نهائيا ، على أن يصير إثبات المحررات ، اعتباراً من أول يناير التالي ، في
دفتر جديد .

المحرر ، واسم الصادر ضده هذا المحرر ، وبيان العقار ، ونوع التعامل .
ويتولى مكتب الشهر التأشير على المحرر بما يفيد تدوينه في دفتر الشهر بمحضر
يبين فيه رقمه المتتابع في هذا الدفتر ، مع ذكر تاريخ اليوم والشهر والسنة
وبيان الساعة التي تم فيها التدوين ، ويوقع هذا المحضر أمين المكتب أو الأمين
المساعد (١) .

فاذا ما تمت عملية التسجيل على هذا النحو ، قامت أقلام التصوير الشمسي
التابعة لمكتب الشهر باعداد صورتين فوتوغرافيتين من كل محرر تم شهره .
وتؤخذ هاتان الصورتان من أصل المحرر العرفي المدون على الورق الأزرق ،
أو من الصورة الأولى المدونة على الورق الأزرق من أصل المحرر الرسمي ،
مع حفظ كل من أصل المحرر العرفي والصورة الأولى من أصل المحرر
الرسمي بالأماكن الخاصة المعدة لذلك (٢) كما سبق القول . وتسلم إحدى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذ تنقضى المواد ٢٥ و ٢٨ و ٣١ من القانون رقم
١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري بأن كلا من طلبات التسجيل ومشروعات المحررات
والمحررات تثبت في دفاتر تعد لذلك بمأموريات ومكاتب الشهر العقاري حسب تواريخ وساعات
تقديمها ، فإن في ذلك ما يفيد أن السابق واللاحق في التسجيل يتعين حث - إن تما في يوم واحد -
بأسبقية رقم التسجيل في دفتر الشهر . وقد منى المشرع بوضع هذا النظام ولم يترك الأمر فيه
لخص الصدقة ، نظراً لما يترتب على أسبقية التسجيل من أثر في المفاضلة بين المتنازعين على ملكية
عقار واحد . ذلك أن مژدى نصوص المواد ٩ و ١٥ و ١٧ من القانون المذكور أن ملكية العقار
لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائي بإثبات التعاقد
أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت . وتسجيل هذه
الصحيفة يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله ، حتى إذا ما حكم له بطلباته فإن الحق
الذي قرره الحكم ينسحب إلى تاريخ تسجيل المريضة إذا كان قد تأثر بهذا الحكم طبقاً لقانون
دون أن يتأثر بما يصدر من البائع من تصرفات شملت بعد هذا التاريخ (نقض مدني أول مارس
سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦) . وانظر نقض مدني ١٥ مايو
سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٤٩٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام
النقض ١٧ ص ٢٩٥ .

(٢) وإذا كان المحرر المقدم للشهر يشتمل على عقارات تقع في دائرة اختصاص أكثر
من مكتب واحد ، قدم المحرر للشهر بأحد هذه المكاتب . فاذا ما تم التسجيل سحبت الصور
فوتوغرافية وقدمت إلى المكاتب الأخرى لإجراء التسجيل في كل مكتب على حدة ولا ينتج
لتسجيل أثره إلا في خصوص العقار الذي يقع في دائرة اختصاص المكتب الذي تم فيه التسجيل .

الصورتين الفوتوغرافيتين لصاحب الشأن بعد التأشير عليها من أمين المكتب بمطابقتها للأصل وذكر اسم من سلمت الصورة إليه ، وترسل الصورة الفوتوغرافية الأخرى إلى إدارة المحفوظات التابعة للمكتب الرئيسى للشهر العقارى وذلك لحفظها فيها (١) .

١٥٦ - التأشير الهامشى : يثبت مكتب الشهر التأشير الهامشى فى هامش المحرر المتعلق به أو فى ورقة تلحق بهذا المحرر . ويقدم الطلب الخاص بالتأشير الهامشى لمكتب الشهر الذى تم فيه شهر المحرر المراد التأشير فى هامشه (٢) . ويجب أن يكون الطلب مشتملا على اسم الطالب واسم أبيه وجده لأبيه ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته ، وبيان نوع المحرر المراد التأشير فى هامشه مع ذكر تاريخ ورقم شهره ، والسند الذى يبيع التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التى صدر عنها كمكتب التوثيق إذا كان محررا رسميا وكالمحكمة التى أصدرته إذا كان حكما ، وأسما ذوى الشأن فى السند الذى يبيع التأشير . ويجب أن يقرن الطلب بالسند الذى يبيع التأشير ، وبسائر الأوراق المؤيدة له .

وتدرج طلبات الشهر الهامشى « بدفتر أسبقية طلبات التأشير الهامشى » بأرقام متتابعة حسب تاريخ وساعة تقديمها للمكتب ، كما يبين فى هذا الدفتر ماتم فى شأن كل طلب منها . ولمكتب الشهر أن يحيل الطلب إلى مأمورية الشهر المختصة عند الاقتضاء ، فيمر الطلب بمراحل الشهر من حيث القبول والصلاحيه للشهر ، ثم يعاد إلى مكتب الشهر لشهره .

فاذا أصبح الطلب مستوفيا لجميع البيانات التى يتطلبها القانون ، وكانت

(١) فإن كان موضوع المحرر يتطلب تعديلا فى دفتر المكلفه ، تولى مكتب الشهر استخراج صورة فوتوغرافية ثالثة من المحرر وترسل إلى المحافظة ، مينا عليها خاتم « ناقل لتكليف » ، وذلك لتقوم المحافظة بإجراء التعديلات المترتبة على تسجيل المحرر فى دفاتر المكلفه ، ويكون استخراج هذه الصورة الفوتوغرافية الثالثة على نفقة صاحب الشأن .

(٢) ويسدد على طلب التأشير الهامشى الرسم المقرر لطلبات ، وقدره ٥٠٠ مليم .

المستندات المرافقة له تتيح لصاحبه حق شهره بطريق التأشير الهامشى (١) ،
أثبت المكتب هذا التأشير فى هامش المحرر المتعلق به أو فى ورقة تلحق بهذا
المحرر ، مع بيان تاريخ التأشير والساعة التى تم فيها . ويوقع على هذا التأشير
أمين المكتب أو الأمين المساعد .

فإذا ما تم إجراء الشهر بطريق التأشير الهامشى ، أعطى المكتب صاحب
الشان شهادة تفيد حصول هذا التأشير . ويبين فى الشهادة نوع المحرر الذى
أجرى التأشير فى هامشه وتاريخ وساعة شهره ، وكذلك تاريخ وساعة إجراء
عملية التأشير الهامشى نفسها . وتحل هذه الشهادة محل الصورة الفوتوغرافية

(١) وإذا تبين أمين المكتب أن التأشير الهامشى لم يستوف البيانات أو المستندات اللازمة
أبلغ الطالب أوجه النقص ، ويحدد له أجلاً لتلافيا على ألا يجاوز هذا الأجل شهراً ، ويمكن منحه
أجلاً آخر إذا اتضح أنه جاد فى طلبه وأن الاستيفاء يتطلب وقتاً أطول . فإذا لم يستوف الطالب
البيانات أو المستندات اللازمة فى الأجل المحدد ، أشر المكتب على الطالب بالحفظ مع بيان
الأسباب . وللطالب أن يطلب كتابة إلى أمين المكتب فى خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغه
لقرار الحفظ المسبب رفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يقع مكتب
الشهر فى دائرتها ، وعلى أمين المكتب عرض الأوراق فوراً على القاضى فيما أن يؤيد هذا قرار
الحفظ أو يصدر قراراً بإجراء التأشير الهامشى المطلوب ، وقرار قاضى الأمور الوقتية نهائى
لا يجوز الطعن فيه .

وإذا تقدم طلبان متعارضان للتأشير الهامشى ، بحث الطلب الأول ، فإذا تم التأشير الهامشى
به امتنع تنفيذ الطلب الثانى . وإذا كان الطلب الأول غير مستوفى ومنح صاحبه أجلاً ،
امتنع حل المكتب لإجراء التأشير بالطلب اللاحق إلا بعد حفظ الطلب الأول وانقضاء عشرة أيام
وهى ميعاد التظلم أو الفصل فى التظلم من قاضى الأمور الوقتية .

وقد عدل المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق هذه الأحكام ، فنص فى المادة
٤٢ منه على ما يأتى : « لمن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين مكتب الشهر ، فى خلال عشرة أيام
من تاريخ إبلاغ قرار الحفظ إليه ، رفع الأمر إلى قاضى الأمور المستعجلة بالمحكمة التى يقع
مكتب الشهر بدائرتها . ويصدر القاضى حكمه فى خلال أسبوع على الأكثر ، بعد الإطلاع
على الأوراق وسماع أقوال مثل مصلحة الشهر العقارى ، بإجراء التأشير الهامشى أو برفقه ،
بعد التحقق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير . ولا يجوز الطعن
فى الأحكام التى تصدر على هذا الوجه بأى طريق من طرق الطعن » .

التي تعطى لصاحب الشأن في حالة التسجيل (١) .

(١) شهر بطريق الإيداع : ويوجد نظام الشهر بطريق الإيداع لتحررات الثابتة التاريخ على أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وهي المحررات التي لا تخضع للإجراءات العادية الواردة في قانون الشهر العقاري . فقد نصت المادة ٥٤ من قانون الشهر العقاري في أحكامه الوقتية على أنه « لا يسرى هذا القانون على المحررات التي ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التي صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تنال هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التي تترتب عليها لأحكام القوانين التي كانت سارية عليها » . ونصت المادة ٥٧ من قانون الشهر العقاري في أحكامه الوقتية أيضاً على أنه « استثناء من أحكام الباب الثالث من هذا القانون يجوز أن تشهر بطريق الإيداع ، على الوجه المبين باللائحة التنفيذية ، المحررات التي ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى » . ونصت المادة ٣٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري على أنه « في الأحوال التي يميز فيها القانون الشهر بطريق الإيداع ، تنسخ صورة مصدق عليها من المحرر على الورق الخاص المشار إليه في المادة ١٩ ، وتتبع باقي الإجراءات المنصوص عليها في المواد التالية ، ويحفظ الأصل في مكتب الشهر » .

فن يرغب في شهر محرر ثابت التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ عن طريق توقيع أو ختم لإنسان توفى ، عليه أن يقوم بنسخ صورة من هذا المحرر موقع عليها منه ، وذلك على الورق الأزرق الخاص بالمداد الأسود ، ويجب أن يكون توقيع صاحب الشأن على هذه الصورة مصدقاً عليه . ويقدم أصل المحرر الثابت التاريخ ومعه الصورة المحررة على الورق الأزرق الخاص إلى مكتب الشهر المختص لإيداع المحرر ، ويتولى أحد الموثقين تحرير محضر يثبت فيه هذا الإيداع بحضور شاهدين . ويذكر في محضر الإيداع اسم الموثق واسم طالب الإيداع واسم أبيه وجده لأبيه وجنسيته ومحل إقامته ، ووصف شامل للمحرر المدعى يبين به نوع المحرر وسماه وأصحاب الشأن فيه والعقار موضوع العقد والتمن أو المقابل وشكل الورق ونوع الحبر وما قد يكون في المحرر من تصحيح أو كشط أو تحشير والطريق الذي تم به إثبات تاريخ المحرر قبل سنة ١٩٢٤ والسلطة التي تم بها إثبات التاريخ . ثم يذيل هذا المحضر بتوقيعات الموثق وطالب الإيداع والشاهدين . وتنسخ من محضر الإيداع صورة طبق الأصل على الورق الأزرق الخاص ، ويقيم هذا المحضر في دفتر الإيداع بحسب تاريخ وساعة تقديمه للمكتب . وتعطى لصاحب الشأن صورة فوتوغرافية من محضر الإيداع ومن أصل المحرر ، وتحفظ باقي الأوراق بالمكتب المختص . وإذا ماتم شهر محرر بطريق الإيداع ، لم ينصرف أثر ذلك إلى تاريخ إدراجه بدفتر الإيداع ، ولكن إلى التاريخ الثابت فيه . ويعتبر ناقلاً للملكية منذ هذا التاريخ الثابت ، وتحترم جميع التصرفات التي سبقت أن استندت إليه في إبرامها .

هذا وقد ألقى المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق الشهر بطريق الإيداع على الوجه المتقدم ، إذا نصت المادة ٧ من مشروع قانون إصدار هذا المشروع على أنه « استثناء من أحكام الباب الثالث من القانون المرافق ، يجوز أن تشهر بطريق الإيداع على الوجه المبين باللائحة التنفيذية المحررات التي تميز القوانين الخاصة شهرها بهذا الطريق » . فأغفل النص ذكر المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ من بين المحررات التي يجوز شهرها بطريق الإيداع ووكّل إلى القوانين الخاصة بيان المحررات التي يجوز شهرها بطريق الإيداع ، ومن هذه القوانين قانون نزع الملكية ولقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ فيما يختص بطرح الشهر . =

المطلب الثاني

إجراءات الشهر في قانون السجل العيني

١٥٧ - تنظيم السجل العيني : تعرف المادة الأولى من قانون السجل

العيني هذا السجل بأنه « هو مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار ، وتبين حالته القانونية ، وتنص على الحقوق المترتبة له أو عليه ، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به » . وتتولى مصلحة الشهر العقاري أعمال السجل العيني ، بإمالة من مكاتب ، وبما يلحق بكل مكتب للسجل العيني من مأموريات ، بحيث يختص كل مكتب من مكاتب السجل العيني دون غيره بقيد المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصه .

وتقسم البلاد من مدن وقرى إلى أقسام مساحية ، يصدر قرار من وزير العدل بتعيينها . ويخصص سجل عيني لكل قسم مساحي ، ويتكون القسم المساحي من وحدات عقارية . وتعتبر وحدة عقارية : (١) كل قطعة من الأرض تقع في قسم مساحي واحد وتكون مملوكة لشخص واحد أو أشخاص على الشيوع ، دون أن يفصل جزءا منها عن سائر الأجزاء فاصل من ملك

= الكشف النظري والشهادة العقارية : وهناك طريقتان للبحث في دفاتر الشهر :

(١) الكشف النظري (vision) : ويكون بإطلاع صاحب الشأن ، تحت مسئولية ومراقبة الموظف المختص ، على دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس وعلى أي محرر تم شهره ، وذلك ابتداء من المدة التي يحددها . (٢) الشهادة العقارية (Certificat hypothécaire) : وهي كشف رسمي ، يستخرج من واقع دفاتر مكتب الشهر المختص ، عما يكون قد شهر من محررات أو قيود أو أحكام أو تأثيرات هامة عن عقار معين ، بالنسبة إلى شخص معين ، ولمدة معينة . ويبين في طلب هذه الشهادة العقارية اسم صاحب العقار واسم أبيه وجده لأبيه ، واسم الناحية والمركز أو القسم والمحافظة الكائن بها العقار المطلوب الاستعلام عنه ، مع ذكر المنزل واسم الشارع إن كان بناء أو أرض بناء ، والمحوض إن كان أرضا زراعية ، والمدة المطلوب إجراء البحث عنها . فإذا لم تظهر تسجيلات أو قيود ، سلم مكتب الشهر المختص الطالب شهادة ملكية بذلك . أما إذا ظهرت تسجيلات أو قيود ، فيبين ملخصها في الشهادة العقارية ، بذكر اسم الصادر لمصلحته والصادر ضده المحرر ، وبيان العقار والتمن أو المقابل ، والتأثيرات الهامة إن وجدت . وتكون الشهادة العقارية في هذه الحالة شهادة إيجابية تسلم للطالب ، تحت مسئولية الحكومة بحيث إذا وقع خطأ في الشهادة كان للطالب الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا الخطأ .

عام أو خاص . ودون أن يكون لجزء منها أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها . (٢) المناجم والمحاجر . (٣) المنافع العامة . ويجوز بقرار من وزير العدل أن تعتبر منطقة من مناطق السكنى أو غيرها وحدة عقارية في حملتها . وتقرر لها صحيفة عامة . وبعد لشهر التصرفات الخاصة بهذه المساكن فهرس يرتب بأسماء الأشخاص ويلحق بالصحيفة العقارية .

ويفرد في السجل العيني للقسم المساحي صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ، ترقم وفقا للقواعد الخاصة بكيفية إمساك السجل . وتبين اللائحة التنفيذية كيفية إمساك السجل العيني ، وكذلك الوثائق المتعلقة به (١) .

(١) ويثبت في صحيفة كل وحدة عقارية حدودها الطبيعية وأسماء الملاك المجاورين ، وتتول مصلحة الشهر العقاري وضع العلامات على حدود كل وحدة عقارية . ويجب على واضع اليد على الوحدة العقارية ، أيا كان سبب وضع يده ، أن يمكن الموظفين المنوط بهم عملية المساحة من القيام بعملية التحديد ، وعلى رجال القبطية القضائية أو رجال الإدارة تمكين هؤلاء الموظفين من وضع العلامات اللازمة لتحديد الوحدات المتقاربة . أنظر المواد ١٥-١٧ من قانون السجل العيني .

وتنص المادة ٢٢ من قانون السجل العيني على أن « علامات تحديد الوحدات العقارية مملوكة للدولة . فإذا فقدت أية علامة أو أتلقت أو غير مكانها بعمق أحد من غير الموظفين المختصين ، فإن مصروفات إعادة وضعها تقع على عاتق من ثبتت مسؤوليته ، إلا حصلت تلك المصروفات من واضع اليد والملاك الذين وضعت العلامة لتحديد وحداتهم وذلك بالتضامن فيما بينهم بالطرق الإدارية » .

وجاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « هذا والوحدة العقارية (unité foncière) أساسها الوحدة القانونية التي تستند إلى حق الملاك نفسه وسنده الذي نشأ عنه هذا الحق . فليس المناط الوحدة الضريبية (unité fiscale) أو الوحدة الاقتصادية (unité économique) التي أساسها وحدة الاستغلال . وقد روي الأخذ بهذا الميار نظراً لما يكفله نظام الوحدة القانونية من ثبات للوحدة العقارية يحقق التطابق بين الصحيفة العقارية وبين الخريطة المساحية ويصون الائتمان ولئن كانت المنافع العامة ، كالطرق وموارد المياه ، غير قابلة للتصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، مما قد يدعو إلى انقوله بعدم إخضاعها لتقيد في السجل ، إلا أن إدراجها فيه واعتبارها وحدة عقارية ، وهو ما أخذ به المشرع ، من شأنه تيسير التحديد المادى للملكيات الخاصة المجاورة لها ، وإعطاء صورة صادقة عن قيمتها ، فضلاً عن إقلال المنازعات بشأن دخول الملك العام في الأملاك الخاصة » .

ويباحق بكل سجل عيني للقسم المساحي فيدرس شخصي هجائي ، يكون فيه لكل مالك صحيفة خاصة يبين فيها الوحدات العقارية التي يملكها في هذا القسم المساحي ، وتدون بيانات هذا الفهرس من واقع البيانات المأبئة في السجل العيني .

ولا يجوز أن تنقل من مكاتب السجل العيني أصول المحررات التي تم قيدها ولا السجلات والدفاتر والوثائق المتعلقة بالقييد : على أنه يجوز للسلطات القضائية أو من تندبه من الخبراء الاطلاع عليها .

والقواعد المتعلقة بالرسوم الخاصة بالشهر العقاري تسرى على التصرفات والحقوق الخاضعة لقانون السجل العيني : سواء فيما يتعلق بقيدها أو التأشير بها أو حفظها أو بالنسبة إلى طلبات الإجراء فيها .

١٥٨ - إثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة : أول خطوة

في إدخال نظام السجل العيني هي إنشاء هذا السجل في كل قسم مساحي . فيجب حصر جميع الوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحي ، وتفرد لكل وحدة عقارية الصحيفة الخاصة بها . وتثبت الحقوق في هذه الصحيفة ، وهذا ما يسمى بالقييد الأول . وتنص المادة ١١ من قانون السجل العيني على أنه « لا تثبت الحقوق في صحائف السجل إلا إذا كانت قد نشأت أو تقرررت بسبب من أسباب اكتساب الحقوق العينية ، وإذا كان هذا السبب تصرفاً أو حكماً وجب أن يكون قد سبق شهره » (١) .

وتستخلص بيانات الصحائف من المصادر الآتية :

(١) دفتر المساحة وسجل الأطيان .

(٢) التصرفات التي سبق شهرها ، وهي مدونة في دفاتر الشهر العقاري

التي سبقت الإشارة إليها . وفي حالة قيام التناقض بين هذه المحررات عن قطعة مساحية واحدة ، تتولى مصلحة الشهر العقاري إثبات الحقوق في صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق بعد فحص المحررات المتناقضة ودراستها ، ويرفق بصحيفة الوحدة العقارية تقرير عن نتيجة هذه الدراسة . وإذا كانت

(١) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « وذلك حتى تكون الحقوق

قد انتقلت بمقتضا ، فيمكن إجراء القيد الأول على مقتضاها » .

هناك محررات تتناول نقل حق عيني أو إنشائه أو زواله ولم يسبق شهرها ، وكانت ثابتة التاريخ عن غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى ، فان هذه المحررات تخفض رسوم شهرها بمقدار ٥٠٪ إذا قدمت للشهر في خلال شهرين من تاريخ صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني . والغرض من تخفيض الرسوم في هذه الحالة تشجيع الناس على شهر تصرفاتهم ، وحثهم على المبادرة إلى ذلك ، بتحديد ميعاد قصير يتم فيه هذا الشهر . فاذا ما تقدمت طلبات الشهر إلى مكاتب الشهر العقاري ، أرسلت صور من هذه الطلبات بمجرد تقديمها إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق في صحائف الوحدات العقارية على أساس هذه المحررات .

(٣) استمارات التسوية المشار إليها في المادة ١٩ من قانون السجل العيني . وتنص هذه المادة على أنه « في أحوال التبادل على عقارات بعقود لم تشهر ، وفي أحوال وضع اليد على عقارات مفرزة بمقتضى عقود قسمة لم تشهر ، وفي جميع الأحوال الأخرى التي لا يكون وضع اليد فيها ثابتا في محررات مشهرة ، يجوز لأصحاب الشأن ، باتفاقهم واتفاق من يكون له حقوق عينية تبعية على هذه الأعيان ، أن يقوموا في ميعاد الشهرين المشار إليه في المادة السابقة بإثبات اتفاقاتهم في استمارات تسوية تقوم مقام المحررات المشهرة وتسلم هذه الاستمارات إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق في صحائف الوحدات العقارية وفقا لها . وتخفيض رسوم الشهر المستحقة عن هذه الاستمارات بمقدار ٥٠٪ ، إذا كان وضع اليد سابقا على صدور القانون بمدة خمس سنوات على الأقل . ويصدر قرار من وزير العدل ببيان كيفية تحرير الاستمارات » . وقد قصد من استمارات التسوية هذه تشجيع الناس على إثبات حقوقهم المستمدة من وضع اليد ، إذا لم يكن وضع اليد ثابتا في محررات تم شهرها . فتقوم استمارات التسوية ، التي تتضمن اتفاق أصحاب الشأن على إثبات هذه الحقوق وكذلك أصحاب الحقوق العينية التبعية على العقارات ، مقام هذه المحررات . وتسلم إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق التي تزخر بها في صحائف

الوحدات العقارية . وقد أشار النص بوجه خاص إلى أحوال التبادل على عقارات بعقود لم تشهر ولكن تلاها وضع اليد على العقارات . وإلى عقارات مفرزة وضع المتقاسمون أيديهم عليها بموجب عقود قسمة لم تشهر . ويجب أن يقوم أصحاب الشأن بإثبات اتفاقاتهم في استمارات التسوية في خلال شهرين من تاريخ صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني ، فإذا كان وضع اليد قديما أى سابقا على صدور قانون السجل العيني في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ بمدة خمس سنوات على الأقل خفضت رسوم الشهر المستحقة عن هذه الاستمارات بمقدار ٥٠ ٪ .

(٤) وضع اليد في غير الأحوال المشار إليها فيما تقدم . ويجب تحقيق واقعة وضع اليد (١) . ولكن لا تثبت الحقوق في السجل العيني على أساس وضع اليد ، إلا إذا لم يكن في المحررات التي تم شهرها ما يناقضها (٢)

(١) وقد جاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « وجدير بالذكر أن الأسباب الأخرى لاكتساب الحقوق العينية والتي لا يتطلب القانون شهرها يمكن الأخذ بها . وإثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة على أساسها وفقا لأحكام هذا القانون . وتسهلا للإدراج الأول في السجل ، تنص المادة ١٣ بأنه لا يصح للمصلحة إثبات الحقوق على أساس وضع اليد المكسب إلا إذا لم يكن في المحررات المشهورة ما يناقضها . ومن المفهوم أنه يجب على المصلحة الثابت في هذه الحالة من توافر شروط اكتساب الملكية بالتقادم . أما إذا قام التناقض بين المحررات المشهورة عن قطعة مساحية واحدة ، فتتولى المصلحة إثبات الحقوق في صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق بعد فحص المحررات المتناقضة ودراستها ، على أن يرفق بصحيفة الوحدة تقرير عن نتيجة هذه الدراسة ضمن الوثائق المتعلقة بالسجل (م ١٨) . وبديهي أنه لا يدخل في حكم النص حالة التنازع في وضع اليد ، إذ العبرة هنا بالمحررات المشهورة المؤيدة بوضع اليد » .

(٢) والأصل أن السجل العيني حجية مطلقة كما سبق القول (أنظر آنفا فقرة ١٣٦) ، وعلى ذلك لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت في السجل (م ٣٧ من قانون السجل العيني) . ولكن يستثنى من ذلك قيد الحقوق المستندة إلى وضع اليد المكسب بناء على حكم صادر بذلك ، بشرط أن ترفع الدعوى أو يصدر الحكم في خلال خمس سنوات من بدء سريان نظام السجل العيني على القسم المساحي الواقع فيه الوحدة المقارية محل وضع اليد . فإذا رفع واضع اليد دعواه بتملكه العقار بالتقادم وصدر الحكم لصالحه قبل انقضاء مدة الخمس السرات ، أو رفع دعواه في خلال هذه المدة ونولم يصدر الحكم لصالحه إلا بعد انقضائها ، قبل قيد الحق الذي تملكه بالتقادم في السجل العيني على خلاف ما هو ثابت بهذا السجل بناء على هذا الحكم .

وبعد أن ينشأ السجل العيني في القسم المساحي وتثبت فيه الحقوق لأول مرة على الوجه الذي بسطناه ، تتخذ الإجراءات لدعوة أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى الاطلاع على بيانات الوحدة العقارية الخاصة بهم . حتى إذا كان هناك وجه للاعتراض عليها منهم تقدموا بدعواهم وطلباتهم إلى اللجنة القضائية التي سيأتي ذكرها . ويكون ذلك بعد صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني . وتنص المادة ٢٠ من قانون السجل العيني في هذا الصدد على أنه : بعد صدور القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار ، ينشر في الجريدة الرسمية ، وفقا للإجراءات والمواعيد التي تحددها اللائحة التنفيذية ، إعلان يتضمن تنبيه أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى ميعاد سريان القانون في القسم المساحي ، ودعوتهم إلى الاطلاع على بيانات الوحدة العقارية الخاصة بهم . كما يتضمن تنبيها إلى ميعاد الطعن المذكور في المادة ٢١ . وعند حلول ميعاد السريان المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار ، ينشر عن البيانات الخاصة بالوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحي لإطلاع أصحاب الشأن عليها . ويرسل إخطار ، بالطريقة التي تبينها اللائحة ، إلى

موتنص المادة ٢٨ من قانون السجل العيني على هذه الأحكام فيما يأتي : « استثناء من أحكام المادة السابقة يقبل قيد الحقوق استناداً إل وضع اليد المكسب لملكية ، إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المتصوص عليها في القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار . ولا تكون هذه الحقوق حجة على من تلقى حقاً عينياً من المالك المفيد في السجل قبل حصول التأشير المنصوص عليه في المادة ٢٢ من هذا القانون (التأشير في السجل بمضمون الطلبات في دعوى التملك بالتقادم) » .

وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في هذا الصدد : (. . نصت المادة ٢٧ على أن يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز اجتهاد بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل . فحظرت بذلك التملك بالتقادم . كقاعدة عامة - في مواجهة الحقوق المفيدة بالسجل . فن أثبت اسمه في السجل كمالك لمتار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أي منتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد : وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة لقيد في السجل . على أن المشرع قد أتى بحكم وقى روعى فيه التوفيق بين الأحكام الجديدة وبين ما ينبغي من احترام لوضع اليد السابق على القانون ، فنص في المادة ٢٨ على أنه استثناء من أحكام المادة السابقة » .

أصحاب الشأن الواردة أسماؤهم في كل صحيفة من صحائف الوحدات العقارية ببيان ما أثبت باسمهم في هذه الصحائف من حقوق : وما يقع على هذه الوحدات العقارية من تكاليف وحقوق عينية .

وفي خلال سنة من بدء سريان قانون السجل العيني على القسم المساحي — ويجوز بقرار من وزير العدل مدتها سنة أخرى — يجوز لكل ذي شأن أن يتقدم بطلب إجراء تغيير في بيانات السجل العيني المتعلقة بالوحدات العقارية الواقعة في هذا القسم المساحي . ويرفع هذا الطلب إلى لجنة قضائية تشكل في كل قسم مساحي ، برئاسة رئيس محكمة ابتدائية وعضوية اثنين من موظفي مصلحة الشهر العقاري أحدهما قانوني والثاني هندسي ، ويصدر بتعيين أعضائها ولائحة إجراءاتها قرار من وزير العدل . وتكون الأحكام الصادرة من اللجنة القضائية قابلة للاستئناف أمام محكمة الاستئناف الواقع في دائرتها القسم المساحي ، ومع ذلك تكون هذه الأحكام نهائية لا تقبل الاستئناف : (١) إذا كان التغيير المطلوب إجراؤه في بيانات السجل متفقاً عليه بين جميع ذوي الشأن الواردة أسماؤهم في صحائف الوحدات المطلوب إجراء التغيير فيها . (٢) إذا كان هذا التغيير لا يمس بحق شخص من الأشخاص الواردة أسماؤهم في صحائف الوحدات المطلوب إجراء التغيير فيها . (٣) إذا كان الحق المتنازع فيه لا يتجاوز أصلاً النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية (١) .

١٥٩ — التفسير والتصحيح في بيانات السجل العيني : والبيانات المدونة في صحائف السجل العيني لا يجوز في الأصل إجراء تغيير أو تصحيح فيها .

(١) وتنص المادة ٢٥ من قانون السجل العيني على أنه « لا تستحق رسوم على الدعاوى والطلبات التي ترفع إلى اللجنة . على أنه إذا تبين للجنة أن طلب إجراء تغيير يسر تصرفاً جديداً يراد التهرب من أداء الرسوم المستحقة عنه ، ضمنيت قرارها أداء الرسوم وفقاً للقوانين المعمول بها ، ولا ينفذ قرارها إلا بعد أداء الرسوم . كما يستحق عند استئناف الأحكام الصادرة من اللجنة الرسوم المستحقة أصلاً عن الدعاوى الابتدائية وعن الاستئناف ، وترد الرسوم كلها أو بعضها عند الحكم لصالح المتأنف » .

أما تغيير في البيانات ، فلا يجوز إجراؤه إلا بناء على حكم صادر من اللجنة القضائية على الوجه الذي سبق بيانه (١) ، أو بناء على حكم أو قرار صادر من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها ، أو بناء على محررات رسمية صادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل (٣٩/١ من قانون السجل العيني) (٢) . كذلك تعدل بيانات السجل العيني إذا تناول الوحدة العقارية تغيير بسبب إضافة مبان أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلها أو إزالتها ، سواء أخطر عنها مالك الوحدة العقارية أو تكشف في أثناء إجراء عملية تحديد أو غيرها ، وهذا ما تنص عليه المادتان ٤٠ و ٤١ من قانون السجل العيني . فتنص المادة ٤٠ على أنه « يجب على ملاك الوحدات العقارية إخطار أمين السجل بكل تغيير يتناول الوحدة العقارية بسبب إضافة مبان أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلاً أو إزالتها ، ويرفق بالإخطار إقرار رسمي يتضمن التغييرات ، وتعدل بيانات السجل العيني تبعاً لها دون اقتضاء أية رسوم . ويجب أن يتم الإخطار في خلال الثلاثة الأشهر التالية لإتمام التغيير » . وتنص المادة ٤١ على أنه « إذا تبين عند الانتقال للطبيعة لإجراء عملية تحديد أو غيرها وجود تغييرات غير مثبتة في صحائف السجل ، أثبتت في السجل بقرار يصدره الأمين متضمناً هذه التغييرات ، مع إلزام المالك المتخلف عن الإخطار المشار إليه بالمادة السابقة بغرامة قدرها $\frac{1}{4}$ ٪ من قيمة العقار وبشرط ألا تتجاوز مائة جنيه ولا تقل عن عشرة جنيهات ، ويعتبر هذا القرار

(١) انظر آنفاً ص ٤٣٨ .

(٢) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في هذا الصدد : « هذا وقد أورد القانون المذكور في المادة ٣٩ من قانون السجل العيني (مبدأ الشرة الثالثة - ب) ، نص في الفقرة الأولى من المادة ٣٩ على المحررات التي يجوز قبولها لإجراء تغيير في بيانات الواردة في السجل العيني ، وحصرها في قسمين : (الأول) المحررات الموثقة الصادرة عن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل . على أن الرسمية لا تعتبر ركناً في التعاقد ، ولكنها شرط جوهري لقيود المحررات في السجل ، بحيث لا يسوغ قديماً استناداً إلى عقد هرق ، ولو صدر به حكم بصحة التعاقد . (الثاني) الأحكام أو القرارات الصادرة من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها أو من اللجنة القضائية المشار إليها في المادة ٤١ » .

نهائيا . وتحصل بالطريق الإداري . وتكون لها مرتبة امتياز رسوم الشهر . وللأمين العام الإقالة من الغرامة أو تخفيضها : إذا أبدت أعذار مقبولة « (١) .
وأما التصحيح في بيانات السجل العيني : فلا يتناول إلا الأخطاء المادية البحتة . فإذا كان القيد لم يتم بعد ، كان لأمين السجل أن يصحح هذه الأخطاء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أصحاب الشأن . أما إذا تم القيد : فانه يجب على الأمين عدم إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوى الشأن بكتاب موصى عليه بعلم وصول ، ويحرر محضرا يوضح فيه أسباب الخطأ وكيفية كشفه (م ٣٩/٣٢ من قانون السجل) (٢) .

وتتم إجراءات التغيير والتصحيح بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم ، وفقا للشروط والأوضاع التي ينص عليها قانون السجل العيني ولائحته التنفيذية . ويخطر كل شخص تغيرت حقوقه أو زالت ، نتيجة للتغيير أو التصحيح ، بكل قيد أو محو أو تأشير أو تصحيح أجرى في السجل العيني ، وذلك بارسال خطاب موصى عليه مع علم وصول إلى

(١) وتنص المادة ٦٣ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « عل الجهات المشرفة على أعمال التنظيم وعلى المحافظات أن تخطر الجهة القائمة على السجل العيني في أول كل شهر برخص البناء والهدم المعطاة لأصحاب الشأن ويربط المزايا المستجدة ، وذلك لكي تقوم الجهة الأخيرة بتطبيق نظام المدن على الوحدات العقارية المنشأة عليها هذه الأبنية عند إدراج أى تصرف يتعلق بها في السجل العيني » . ويعاقب على مخالفة أحكام هذه المادة بغرامة لا تقل عن مائة قرش ولا تتجاوز عشرة جنيهات ، وتتمدد الغرامة بتعدد المخالفات (م ٦٦ من قانون السجل العيني) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في هذا الصدد : « هذا وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٣٩ لأمين السجل أن يصحح الأخطاء المادية البحتة ، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذوى الشأن . على أن هذا التصحيح مشروط بشرط جوهري . هو ألا يكون القيد في السجل قد تم ، وبإلا وجهه . « الأمر » التصحيح . لأنه يخطر . « من الشأن » اكتشاف موصى عليه بعلم الوصول ، نظراً لما يترتب على هذا الإجراء من آثار قد سعت إليه الضرر ، وقد تعداها إلى غيرهم ممن يتعاملون معهم . ويحرر الأمين محضراً يوضح فيه أسباب الخطأ وكيفية كشفه . والمقصود بالأخطاء المادية البحتة الأخطاء الكتابية والحسابية التي تقع أثناء نقل مضمون المحرر إلى صحيفة السجل ، كما أن انقضاء بوقف إتمام القيد الوقت الذي لا تكون قد أعطيت فيه صورة من صحيفة السجل أو الشهادات للسالك أو غيره . وبديهي أنه فيما عدا ذلك من الأخطاء ، فلا يجوز تصحيحها إلا وفقا لأحكام الفقرة الأولى من النص » .

عنه المعين في السجل العيني . ويدرج القيد أو المحر أو التأشير أو التصحيح بأكمله في سند الملكية وهو صورة من الصحيفة العقارية تسلم للمالك ، وفي الشهادة التي تسلم لغير الملاك من ذوى الشأن وبها البيانات الخاصة بهم في السجل العيني . وإذا ألغى المحر ، عاد لقيد الحق العيني التبعي مرتبته الأصلية في السجل العيني ، ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعي بالنسبة إلى القيود التي أجريت في الفترة ما بين المحر والإلغاء .

١٦٠ - إجراءات القيد في السجل العيني : وإذا ما أعد السجل العيني

في قسم مساحي وأثبتت في صحائفه الحقوق لأول مرة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، فإن جميع التصرفات والأحكام واجبة الشهر التي تصدر منذ بدء سريان نظام السجل العيني في هذا التسم المساحي يجب قيدها في السجل العيني ، وفقا لإجراءات تلتخص فيما يأتي :

يقدم طلب القيد إلى مأمورية السجل العيني التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، وفقا للإجراءات والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية . ويشتمل الطلب ، فضلا عما يتطلبه القانون في أحوال خاصة ، على البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية . ويرفق بالطلب صحيفة الوحدة العقارية والمستندات المؤيدة للبيانات الواردة في الطلب ، ولا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني . سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادات المستخرجة من السجل العيني ذلك أنه بعد إجراء القيد الأول في السجل وإتمام النشر عنه وفوات مواعيد الطعن أو الفصل نهائيا فيما يرفع من طعون ، لا يقبل أى مستند لإثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى المستندات المستخرجة من السجل . وتدون الطلبات على حسب تواريخ ومساءة تقديمها بدفتر يعد لذلك بالمأمورية ، يسمى « دفتر أسبئية الطلبات » . وترقم الطلبات بأرقام متسلسلة ، ويبين في هذا الدفتر مراحل تدوير الطلبات (١) . وهذه المراحل هي التي تتضمن بحث الطلب بالمأمورية (٢) .

(١) ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم قيد المحرر في السجل العيني خلال سنة من تاريخ قيد الطلب بالمأمورية ، وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأربعين طلبا بالاستدعاء وأدى عنه الرسم المطلوب (م ٤٩ من قانون السجل العيني) .
(٢) وتنص المادة ٦٤ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « على السلطات المختصة -

مسببا إما بتأييد قرار أمين السجل العيني ورفض قيد المحرر ، أو بجواز هذا القيد ، نعا لتخلف أو تحقق الشروط التي يتطلب القانون توافرها لقيد المحرر في السجل العيني . ولا يجوز الطعن في قرار اللجنة بأي طريق من طرق الطعن . فإذا صدر القرار برفض قيد المحرر ، وجب التأشير بالرفض في دفتر العرائض أمام الطاب ، ورد المحرر لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه . أما إذا صدر قرار اللجنة بقيد المحرر ، وجب إجراء ذلك بحسب ترتيب قيد الطلب المتعلق به في دفتر العرائض . ويجب أن يتضمن قرار اللجنة رد الكفالة للمتظلم إذا قبل تظلمه أو رفض ولكن اللجنة رأت أنه بني على أسباب جدية ، وإلا وجب أن يتضمن القرار بمصادرة الكفالة .

وإذا قدم طلب لإجراء قيد محرر ، ورأى أمين السجل العيني رفض هذا الطلب لأنه لم يستوف الشروط اللازمة . فعلى الأمين أن يذكر أسباب هذا الرفض على الطلب وفي دفتر العرائض ، وإبلاغ ذلك للطالب مع تحديد ميعاد أسبوعين له من تاريخ الإرسال لتقديم اعتراضاته على هذا الرفض . وبصبح قرار الأمين بالرفض نهائيا إذا مضى الميعاد المذكور دون أن يقدم الطالب اعتراضا . فإذا قدم اعتراضا في الميعاد ، ورفض أمين السجل العيني هذا الاعتراض ، كان للطالب ، في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إرسال قرار الرفض إليه ، أن يطلب إلى الأمين رفع الأمر إلى اللجنة القضائية . وتصدر اللجنة قرارها على وجه السرعة ، إما بتأييد رفض القيد أو الإلزام بإجرائه .

وإذا توافرت جميع الشروط واستوفيت جميع الإجراءات ، تم القيد في السجل العيني بالمطابقة للمستندات المقدمة ، وبترتيب الطلبات في دفتر العرائض ، وبنفس تاريخ القيد . ويتم القيد بكل عناية ، وبخط واضح ، دون كشط أو محو أو شطب أو تحشير .

وكل من توصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عيني عليه ، مع علمه بذلك ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين ، مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى

بها أى قانون آخر. ويعاقب على الشروع فى هذه الجريمة بنصف هذه العقوبة (١).

١٦١ - سندات الملكية والتمهيدات المحفزة من السجل العيني : ويسلم

صورة للمالك من الصحيفة العقارية الخاصة به بعد أداء رسم قدره مائة قرش ، وتسمى هذه الصورة « سند الملكية » . وإذا تعدد المالك على الشيوع لعقار واحد ، سلم كل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع الملاك المشتاعين (٢) ، ويؤدى كل منهم رسماً قدره مائة قرش .

أما غير المالك من ذوى الشأن ، كصاحب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو حق امتياز ، فتسلم لهم ، بناء على طلبهم ، شهادة بها البيانات الخاصة بهم فى السجل العيني ، بعد أداء الرسم المقرر . وعلى أمين السجل العيني أن يعطى فى أى وقت شهادة بمطابقة سند الملكية أو الشهادة للسجل العيني ، وذلك بعد أداء الرسم المقرر .

ولا يجوز تسليم صورة ثانية من سند الملكية أو الشهادة إلا فى حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى . ويكون ذلك بقرار من اللجنة القضائية ، وبعد أداء الرسم المقرر (٣) .

(١) أنظر نصاً مماثلاً استحدثه المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق فى المادة ٥٥ منه (وتطابق المادة ٦٥ من قانون السجل العيني) .

(٢) ونقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني فى هذا الصدد : « وإذا ثار البحث حول مبدأ تسليم صورة واحدة من الصحيفة العقارية فى حالة امتلاك شخصين أو أكثر لعقار على الشيوع - وهو مذهب التشريع التونسى - أو تسليم صورة منها لكل مالك ، حذ المشروع الأخذ بمبدأ تعدد الصور : نظراً لما لوحظ من صعاب بشأن من تسلّم له الصورة من الشركاء فى حالة عدم اتفاقهم ، والأساس الذى يصلح أن تقوم عليه المفاضلة بينهم ، فنص على أن يسلم لكل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع المشتاعين » .

(٣) ونقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني فى هذا الصدد : « وحماية لكل من يتعامل مع المالك أو غيره من تقيّد حقوقهم فى السجل ، وتقليلاً لحالات تداول السند ما أمكن ، لم تجز المادة ٦٠ تسليم صورة ثانية من سند الملكية أو الشهادة إلا فى حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى ، على أن يكون ذلك بقرار من اللجنة المشار إليها فى المادة ٢١ . هل أن هذا لا ينبغى ولا شك صاحب الشأن المريض من الرجوع إلى السجل العيني . والمقصود بالتلف فى حكم هذه المادة التلف الذى يفقد السند قيمته » .

الفصل الثالث

الشفعة

(Préemption)

تمهيد

١٦٢ - التعريف بالشفعة وتكييفها القانوني - نص قانوني : تنص المادة

٩٣٥ مدني على ما يأتي :

« الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري ، في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : « ١ - الشفعة رخصة تجيز الحصول محل المشتري إذا وقع البيع على عقار في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ٢ - والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالمراث ، وهو حق لا يتجزأ في استعماله » . وفي لجنة المراجعة هذا نص على الوجه الآتي : « ١ - الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ٢ - والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالمراث . والأخذ به لا يتجزأ » ، وأصبح رقم النص ١٠٠٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة ، وكان من رأى بعض الأعضاء توريثه ، ومن رأى بعض آخر عدم توريثه لأنه حق شخصي حتى أن الدائنين لا يمكنهم استعماله نيابة عن مدينهم ، وقد استقر القضاء على أن الشفعة ليست حقاً وإنما هي خيار ورخصة لا يجوز انتقالها إلى الورثة ولا استعمالها من الدائنين . ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من النص وترك حكمها لاجتهاد القضاء ، وأصبح رقم النص ٩٣٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٥ - ص ٣٥٧) .

هذا وقد ناقشت اللجنة التي كانت برئاسة الأستاذ كامل صدق (وهي اللجنة التي قامت بوضع نصوص الشفعة التي استقيت منها نصوص المشروع التمهيدي في الشفعة) هذا النص مناقشة طويلة . واختلط الأمر في هذه المناقشات ، في المقابلة ما بين الرأى القائل بأن الشفعة حق عيني والرأى القائل بأنها حق شخصي . فاستعملت عبارة « الحق العيني » بمعناها المعروف ، في حين أن عبارة « الحق الشخصي » استعملت لا بالمعنى المقابل للحق العيني ، بل بمعنى أن الشفعة حق متصل بشخص الشفع (أنظر على سبيل المثال ما جاء في محضر جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٠ - ص ٣٥١ في الماش) . وفي رأينا -

ونخلص من هذا التعريف أن الشفعة ، وهى سبب من أسباب كسب الملكية ، رخصة إذا استعمالها الشفيع - وسيأتى بيان من هو الشفيع - تملك عقارا باعه صاحبه لغيره . وحل الشفيع محل المشتري فى هذا البيع ، بسروط سيأتى بيانها . فهى إذن لا تكون إلا فى بيع عقار ويسمى العقار المشفوع فيه . ومن شفيع عيّن القانون أحواله . وجعله كما سئرى بشفيع

= أن أدق ما دون فى هذه المسألة فى محاضر جلسات لجنة الأستاذ كامل صدق ماورد فى محضر جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ على لسان أحد الأعضاء : « إن هناك مسألة أولية يتعين البدء بالبث فيها قبل البحث فيما إذا كان حق الشفعة حقا عينية أم شخصيا ، وهذه المسألة هى معرفة ما إذا كانت الشفعة حق أم مجرد وسيلة لاكتساب حق . فإذا سلمنا بأن الشفعة ليست إلا مجرد وسيلة لاكتساب حق الملكية كما يبدو ، فلا حاجة للبحث فيما إذا كانت هذه الوسيلة شخصية أو عينية. ذلك أن الشفعة طريق من طرق اكتساب الملكية بحلول الشفيع محل المشتري . وبناء على ذلك يكون من التزيد البحث فى شخصية أو عينية هذه الوسيلة من وسائل اكتساب الملكية التى تخمسها دعوى . فإذا توفى الشفيع قبل مباشرة دعواه ، سقطت الشفعة بوفاته . أما إذا كان قد رفع الدعوى فأنها تصبح جزءا من ذمته وتنتقل إلى ورثته مع أموال التركة . شأنها فى ذلك شأن دعوى التعريض مثلا . إذ ليس هناك مبرر لتفرقة بين دعوى الشفعة وبين أية دعوى أخرى ، فكل الدعاوى تكون جزءا من ذمة الشفيع وتنتقل بالتالى إلى ورثته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ فى الهامش) . وقال عضوا آخر فى نفس الجلسة تأييدا لما تقدم : « فالشفعة إذن ليست سوى طريقة لاكتساب الملكية ، شأنها فى ذلك شأن البيع وهو ليس حقا عينيا بل هو طريقة لاكتساب الملكية . وليس حق الشفعة بأقوى من البيع ، مع أن البيع لم يوصف فى وقت ما بأنه حق عينى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٣ فى الهامش) . ولامقابل للنص فى قانون الشفعة السابق .

وبقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لامقابل (وقد ألغى هذا التقنين الشفعة أصلا من بين أسباب كسب الملكية) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢٨ : الشفعة هى حق تملك العقار المبيع ولوجبرا على المشتري ، بما قام عليه من الثمن والتنفقات المتبادلة . (والنص يوافق فى مجموعة نص التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٣٨ (عدلت بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : الشفعة حق يعجز لصاحبه أن يتنزع العقار المبيع من المشتري . فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية (والنص يوافق فى مجموعة نص التقنين المصرى)

بعقار آخر يملكه وبسمى العقار المشفوع به . فالشفعة تفترض أن هناك شفيعا وهو الذى يأخذ بالشفعة ، ومشفوعا منه وهو المشتري الذى يحل محله الشفيع ، وباتعا لهذا المشتري وهو الذى حل الشفيع بازائه مشتريا محل المشتري الأصلي ، وعقارا مشفوعا به وهو العقار المملوك للشفيع وقد شفيع به ، وعقارا مشفوعا فيه وهو العقار الذى باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفيع الشفيع فيه .

وقد قام فى الفقه المصرى جدل مشهور فى تكييف الشفعة ، هل هى حق عينى أو حق شخصى . والذين قالوا بأن الشفعة حق عينى إنما قصدوا أن يرتبوا على ذلك نتائج من أهمها أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه . ولم يكونوا فى حاجة إلى هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة ، إذ كان يكفيهم أن يقولوا إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه . فهو عند ما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عينى عقارى ، فيثبت لمحكمة العقار الاختصاص بنظر الدعوى . والذين قالوا بأن الشفعة حق شخصى قصدوا إلى معنى هو صحيح فى ذاته ، ولكنه بعيد كل البعد عن معنى الحق الشخصى المقابل للحق العينى . إذ أرادوا أن يقولوا إن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع فلا يورث عنه ولا تجوز حوالة ولا يجوز لدائى الشفيع أن يستعملوه باسمه . ولم يكونوا هم أيضا فى حاجة إلى معارضة صفة العينية بصفة الشخصية ، فغنى الشخصية الذى قصدوا إليه لا يتعارض مع معنى العينية .

والصحيح أن الشفعة ليست بحق عينى ولا بحق شخصى ، بل هى ليست بحق أصلا . إنما الشفعة سبب لكسب الحق ، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقة أو حق حكر . والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه . فالملكية مثلا حق عينى ، وتكسب بالاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والحيازة والشفعة . ولم يتساءل أحد هل الاستيلاء أو الميراث أو الوصية أو الالتصاق أو العقد أو الحيازة حق عينى أو حق شخصى ،

فلماذا يتساءلون عن الشفعة هل هي حق عيني أو حق شخصي^(١) والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي ، كما قدمنا^(٢) ، واقعة مركبة (Complexe) اقترن فيها الشيوع أو الجوار أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ، يبيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى ، باعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد. فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني ، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية .

وإذا سرنا في هذا التكييف خطوة أبعد ، قلنا إن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة . فن وجه إليه إيجاب وقبل هذا الإيجاب ، فهو بهذا القبول – والقبول إرادة منفردة – قد تعاقد مع الموجب ، فكسب بالعقد حقا شخصيا . فن وجه إليه الإيجاب تهيأ له مركز قانوني بتوجيه الإيجاب إليه ، فاستطاع بإرادته المنفردة ، وهي قبول هذا الإيجاب ، أن يكسب الحق . وإذا توافرت الشروط التي قررها القانون في الشرب أو المجرى أو المسيل أو المرور ، وهي الشروط التي بسطناها عند الكلام في قبود الملكية في الجزء الثامن من الوسيط ، تهيأ بتوافرها مركز قانوني للجار يستطيع به إذا أراد ، أي بإرادته المنفردة ، أن يكسب حقا عينيا

(١) وقد شطنا على حكم قديم ، صدر من محكمة الاستئناف الوطنية ، يقرر من زمن بعيد هذا الذي نقوله ، فقد قضت هذه المحكمة بأنه لا يمكن وصف الشفعة بأنها حق عيني يتبع العقار أينما حل ، فقد جاء صريحا في القانون المدني أنها طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية ، كالمقود والميراث ووضع اليد بدون فرق . ولا يتصور أن السبب المنتج للحق العيني يسى نفسه حقا عينيا ، فليست إذن الشفعة حقا من الحقوق يؤثر لذاته في الشيء كالملكية أو حق الانتفاع ، وإنما هي سبب من الأسباب القانونية التي تنشئ حق الملكية العيني ، أو بعبارة أخرى هي مجرد إباحة للتوصل إلى كسب حق الملكية بشروط وفي أحوال مخصوصة . وهذه الإباحة لا تنتج حق إلا إذا استعملت ، وحينئذ فلا يتولد حق عيني للشفيع بمجرد البيع ، وإنما يتولد هذا الحق عند طلب أخذ الشفيع بالشفعة والقضاء به (استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ الفصل ص ١٠٧) . وانظر أيضا حكما من محكمة مصر الكلية الوطنية ويقول إن القانون لم يحمل حق الشفعة من الحقوق العينية ، بل صرح في المادة ٤٤ مدني بكونه سببا من أسباب الملكية والحقوق العينية ولبس واحدا منها (مصر الكلية ٤ يولييه سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ صفحة ٣١٧) .

(٢) أنظر آند فقرة ١ .

في أرض جاره هو حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل أو حق المرور .
ومن كان شريكا مشتاعا في منقول أو في مجموع من المال وباع أحد شركائه
حصته في المال الشائع ، تهيأ له بذلك مركز قانوني يستطيع به أن يسترد بارادته
المنفردة الحصة المبيعة ، وهذا هو حق الاسترداد في المال الشائع الذي بسطنا
أحكامه في الجزء الثامن من الوسيط . ومن كان شريكا مشتاعا في عقار أو جارا
مالكا لعقار ، وبيعت حصة شائعة في العقار أو بيع عقار مجاور للعقار الذي
يملكه . تهيأ له بذلك مركز قانوني يستطيع به أن يشفع بارادته المنفردة في الحصة
الشائعة أو في العقار المجاور ، وهذه هي الشفعة التي نحن الآن بصدددها .
فالشفعة إذن تبدأ بأن تكون مركزا قانونيا تهيأ أسبابه للشفيع ، فيكون شريكا
مشتاعا في عقار أو مالكا لعقار ، وتباع حصة شائعة في العقار أو يباع عقار
مجاور للعقار الذي يملكه . وهنا ينشأ المركز القانوني الذي أشرنا إليه ، ويكون
للشفيع رخصة في أن يملك العقار المشفوع . ومن هنا جاء في نص المادة ٩٣٥
مدني سالفه الذكر أن « الشفعة رخصة » ، فالرخصة تتولد إذن بقيام هذا
المركز القانوني (١) . وهذه الرخصة تحول للشفيع الحق في أن يملك العقار

(١) والأدق أن يقال إن هذا المركز القانوني لا يتولد عنه مجرد رخصة في التملك ، بل
يتولد عنه حق الشخص في أن يملك . وذلك أنه توجد منزلة وسطى بين الرخصة في التملك
والحق في التملك ، هي حق الشخص في أن يملك . وقد قلنا في هذا الصدد في الجزء الأول
من مصادر الحق في الفقه الإسلامي ما يأتي : « وما بين الرخصة والحق توجد منزلة وسطى ، هي
أعمل من الرخصة وأذن من الحق ... فحق التملك وحق الملك ، الأول رخصة والثاني حق .
وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك . فلو أن شخصا رأى داراً أعجبه
ورغب في شرائها ، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع كان له حق التملك عامة في
الدار وفي غيرها ، فهذه رخصة . وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار ،
وهذا حق . ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة
إلى الدار . فهو من جهة ليس له فحسب مجرد رخصة في تملك الدار كغيرها من الأعيان التي
لا يملكها . وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك في الدار . بل هو بين بين .
له رخصة في التملك وأمر في التملك لا مال . فإذا أصبح يتصور البيع له
أي برادته وحده ، أن يصبح صاحب الدار . ولم يصل استه الغريب إلى تبيين هذه المنزلة الوسطى
إلا حيث ارتقى ووصل في ارتقى إلى مرحلة بعيدة . نرى ذلك في الفقه الجرمانى الحديث .
ويلعبو الفقيه فرن تور (Von Tur) هذه المنزلة الوسطى بالحق المنشئ (droit formateur) ،
ويسمونه بأنه « مكتة تعطى لشخص » ، سبب مركز قانوني خاص ، في أن يحدث أثراً قانونيا
محمض إرادته . ويأتى بأشقة هذا الحق المنشئ ، يذكر منها حق من وإلى الإيجاب ، =

(٢٩)

المشروع فيه إرادته المنفردة ، وذلك بأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة .
فالشفعة لا تكون سبباً لكسب الملك إلا بقيام مركز قانوني معين تنهياً أسبابه

— وحق المسترد في أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة ، وحق المباع في أن يسترد المبيع ،
وحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة . . . وما يقطع في وجود هذه المنزلة الوسطى في الفقه
الإسلامي أن القرائي يقابل ، في عبارات صريحة ، ما بينها وبين الرخصة . فيقول عن صاحب
الرخصة « من ملك أن يملك » ، وعن صاحب المنزلة الوسطى « من جرى له سبب يقتضي المطالبة
بالتملك » ، وينكر على الأول أن يكون مالكا إطلاقاً ويجعل الثاني محلاً للنظر . ونقول ما يقوله
في هذا الصدد : « اعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضى الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم
من ملك أن يملك هل يمد مالكا أم لا ، قولان . . . وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة
وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة ، فهل يتخيل أحد أنه يمد مالكا الآن قبل
شراؤها حتى تجب الزكاة عليه هل أحد القولين ؟ وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل
يجرى في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخاطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصبتها ؟
والإنسان مالك أن يملك خادماً أو دابة ، فهل يقول أحد إنه يمد الآن مالكا لها فيجب عليه كلفتها
وموئلتها هل قول من الأقوال الشاذة أو الباطلة ؟ بل هذا لا يتخيل من عنده أدنى مسكة من العقل
والفقه . . . بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ، ويجرى فيها الخلاف في بعض فروعها
لا في كلها ، أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك هل يعطى حكم من ملك ؟ . .
يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع ، ولذلك مسائل . . . (المسألة الرابعة) في الشفعة ،
إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك الشقص المبيع بالشفعة ، ولم أر
خلافاً في أنه غير مالك . (المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضي أن
يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات المرجية للاستحقاق . . . فإذا
سرق هل يمد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتملك ، أو يجب عليه القلع
لأنه لا يمد مالكا وهو المشهور ، قولان . فهذه القاعدة ، على ما فيها من القوة من جهة قولنا
يجرى له سبب التملك ، في تمثيتها عسر لكثرة التفويض عليها . أما هذا المفهوم وهو قولنا
من ملك أن يملك مطلق من غير جريان سبب يقتضي مطالبة بالتملك ولا غير ذلك من القيود ،
فهذا يحملة قاعدة شرعية ظاهر البطلان لضعف المناسبة جداً أولعدها إليه . أما إذا قلنا انعمد له
سبب يقتضي المطالبة بالتملك ، فهو مناسب لأن يمد مالكا من حيث الجملة ، تنزيلاً لسبب
الحبيب منزلة سبب ، وإذاعة لسبب البعيد مقدم السبب الأقرب ، نوذا يمكن أن يتخيل وترحم
قاعدة في الشريعة . أما مجرد ما ذكرناه فليس إلا مجرد الإمكان والقبول للملك ، وذلك في
غاية البعد من المناسبة — فلا يمكن جعله قاعدة . (الفروع للقراني جزء ص ٢٠ - ص ٢١) .
ويتبين مما نقلناه من القرائي أنه يميز بين أوضاع ثلاثة : (أولاً) وضع من ملك أن يملك ،
كن ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك خادماً أو دابة . .
هؤلاء جميع لا يمكن . فلا يجب على الأول الزكاة ، ولا على الثاني الصداق والنفقة ، ولا على
الثالث الكلفة والموئنة . . . وترجمة ذلك إلى الفقه الغربي أن هؤلاء جميع ليس لهم حق الملك ،

باجتماع وقائع مادية معينة ، فيكون للشفيع ، ليس حق الملك ، بل الحق في أن يتملك . فإذا أعلن إرادته في الأخذ بالشفعة ، وهذه إرادة منفردة أى تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها صيما من أسباب كسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ويتحول حقه في أن يتملك هذا العقار إلى حقه في ملكيته ، وذلك عن طريق حلوله محل المشتري (١) .

« وإما لم رخصة التملك ، والرخصة ليست بحق . (ثانياً) وضع من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتملك ، كما . . . في بيع الشريك نصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع ، وفى بيع المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك . هؤلاء أئب ، على خلاف فى الرأى ، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذى يقتضى المطالبة بالتملك . . . والشفيع لا يملك الشفيع المبيع إلا إذا أخذنا بالشفعة ، والتفكير لا يملك حيث من بيت المال إلا إذا طالب فأعطى وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه الحد . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربى أن هذه هى منزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق التملك ، فهى دون الملك وفوق الرخصة . (ثالثاً) وضع من جرى له سبب الملك ، كمن اشترى أرضاً أو شفع فى دار . فهذا هو الذى له حق التملك (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء أول ص ٤ - ص ٨) .

(١) وقد سبق أن قررنا فى هذا العدد ، فى الجزء الأول من الوسيط ، ما يأتى : « فكثيراً ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عيني أو هى شئ غير ذلك ، كما يناقشون فى طبيعة الخيابة وهل هى حق عيني . ونحن لا نتردد فى الإجابة على هذه المسائل بما تقدم . فلا الشفعة ولا الخيابة بحق عيني أو حق شخصى ، بل هما وانتمى قانونيتان تدخلان فى أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر للحقوق . ولا يصح أن يقال عن أى منها إنه حق عيني أو حق شخصى ، بالفرد الذى لا يصح أن يقال به إن التملك ، وهو أئب مصدر للحقوق ، حق عيني أو حق شخصى . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقاً أنه لا يجوز لدائى الشفيع أن يستملأ الشفعة باسم مدينهم . والذى ضلل الناس فى أمر الشفعة هو أنها تجعل الشفيع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها فى منزلة من له الحق فى أن يتملكها ، وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة فى التملك حيث يكون الشخص أجنبياً عن الشئ . ، وحق الملكية الكامل حيث يكون للشخص حق عيني فى الشئ . ونظير ذلك شخص صدر له إيجاب بالبيع ، فهو أئب فى منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة فى الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشتري الذى أصبح مالكاً عند تمام البيع . وقد ذهب الفقه الإسلامى إلى عدم ضرورة الوسيط . ومسؤولاً عن حق الشخص فى أن يتملك ، أو كما يقول الفراقى فى الفروق : من انعقد له سبب المطالبة بالملك ، ويفرق بين هذا وبين من ملك أن يملك » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٢٣ ص ١٤٤ هامش ١) . وانظر أئب شقيق شحاتة فقرة ٢٤١ ص ٢٥٥ (ويندرج هذه المنزلة الوسطى بالحق شبه العيني ، وهذه التسمية محل للنظر) .

وجاء فى المذكرات الإيضاحية لمشروع التهنيدى : « عرفت الشفعة بأنها رخصة ولا حق لأنها ليست بحق بل هى سبب من أسباب كسب الملكية . فلا معنى لبحث فيما إذا كانت الشفعة

١٦٣ - الشفعة متصلة بشخص الشفيع - نص قانوني : جاء في المشروع

الذهائي لنص المادة ٩٣٥ مدني ما يأتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالمراث » ، ولكن هذه العبارة حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، « وترك حكمها لأجتهاد القضاء » (١) . ولما كانت الاعتبارات التي قامت عليها الشفعة ، وهي تضرر الشفيع من أن يخلف شريكه في الملك أو جاره شريك أو جار جديد . هي اعتبارات شخصية بحته ترك لحض تقدير الشفيع إن شاء أخذ بالشفعة وإن شاء لم يأخذ بها ، لذلك لا تردد في القول بأن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ولصيقة به . ونستخلص من ذلك النتائج الآتية : (١) أن دائي الشفيع لا يجوز لهم أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة . (٢) أن الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير . (٣) أن للشفيع أن يتزل عن الشفعة بعد قيام سببها ، بل وقبل أن يقوم بها سببها (م ٩٤٨ مدني) . (٤) أن الشفعة ، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها ، لا تنتقل بالمراث إلى ورثته . ونستعرض هذه النتائج تباعا :

(أولا) لا يجوز لدائي الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة : وذلك لسببين . أولهما أن الشفعة رخصة وليست بحق ، ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائنين أن يستعملوا ما لديهم من رخص ، فحق الشفيع في الأخذ بالشفعة وحق الشريك في استرداد الحصة الشائعة كلاهما رخصة لا يجوز للدائن استعمالها بالنيابة عن المدين ، مثلها مثل قبول الإيجاب الموجه إلى المدين (٢) والسبب الثاني أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع كما قدمنا ، ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل باسم مدينه ما كان متصلا بشخص المدين خاصة (م ١/٢٣٥ مدني) (٣) .

= حق عينيا أوحق شخصيا . وقد حذف المشروع من التعريف الذي أقرته اللجنة العبارة التي تذكر ان الشفعة سبب لحجب الحقوق لغيره ، وان هذا سبب من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية . وإذا أريد بهذه العبارة ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للجنة ، أن تنق الشفعة دائرة بين العينية والشخصية ، كان هذا سببا أدعى لحذفها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ - ص ٣٤٨) .

(١) انظر آنفا ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٤٤٢ د ص ٩٦٠ .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ٥٤١ .

(ثانيا) لا تنتقل الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير : فلا يجوز للشفيع ، عندما يثبت له حق الأخذ بالشفعة ، أن يحول هذا الحق إلى غيره ، وذلك أيضا لسببين . أولهما أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ، فلا يجوز له التزول عنها إلى غيره . والسبب الثاني أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به فلا تنفصل عنه ، وإذا أراد الشفيع أن ينزل عن الشفعة لغيره وجب عليه أولا أن ينزل عن العقار المشفوع به إلى هذا الغير ، فتتبع الشفعة هذا العقار وتنتقل بالتبعية إلى من انتقل إليه العقار (١) . وعلى ذلك إذا باع الشفيع العقار المشفوع به وأصبح المشتري مالكا لهذا العقار ، ثم يبيع العقار المشفوع فيه ، كان لمشتري العقار المشفوع به وهو مالكة الحديد أن يأخذ بالشفعة ، وقد انتقلت إليه مع العقار المشفوع به . أما إذا بيع العقار المشفوع فيه قبل بيع العقار المشفوع به ، فإن المالك الجديد للعقار المشفوع به لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مانكا له وقت بيع العقار المشفوع فيه . وإنما يأخذ بالشفعة في بيع جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، بعد أن تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع به .

(ثالثا) للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد قيام سببها بل وقبل أن يقوم بها سببها : وتنص المادة ٩٤٨ (١) مدني في هذا الخصوص على ما يأتي :

« يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : (١) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ، ولو قبل البيع » (٢) . وقد كان قانون الشفعة

(١) وقد جاء في المذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة منفصلا عن العقار المشفوع به ، وهذا هو ما نقضى به طبيعة الشفعة وعلّة مشروعيتها ، وقد أخذ بهذا المبدأ التقنيان الألماني والبرلوني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥١ - ص ٢٥٢) . وتنص المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المدة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته ، ولا يجوز التفريغ عنه لشخص آخر » .

(٢) تأييد النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٧ (١) من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التشريع المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على عبارة « صراحة أؤسنا » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٢ (١) . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٩ (١) . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « صراحة أؤسنا » ، وذلك « لأنها تزيد تنقي عنه القواعد العامة » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٤٨ (١) . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٦) .

السابق لا يجوز النزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها ، وذلك لأن القواعد العامة تقضى بأنه لا يجوز النزول عن حق إلا بعد ثبوت هذا الحق . فكان لا يجوز للشفيع ، قبل بيع العقار المشفوع فيه ، أى قبل أن يثبت له الحق فى الأخذ بالشفعة ، أن ينزل عن هذا الحق (١) . أما التقنين المدنى الجديد

— ويتقابل النص فى قانون الشفعة السابق م ١/١٩ : يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية : أولا — إذا حصل التنازل عن صراحة أو ضمنيا ، ويتبدل عمل التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ به أن الشفيع عرف المشتري بصفته مالك المقارنهايا . (ولم يكن يجوز فى قانون الشفعة السابق النزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها) .

يتقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٢ (١) (مطابق) .

التقنين المدنى المراكشى م ١١٣٤ (د) (موافق)

قانون الملكية المقارية اللباني م ٢٤٦ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : يسقط

حق الشفعة : (١) (٢) إذا أسقطه الشفيع قبل تسجيل المشفوع صراحة فى وثيقة خطية ذات تاريخ صحيح تحتوى على اسم المشتري والثن والشروط ، ولا يعود تاريخها إلى أكثر من ستة أشهر قبل التسجيل . (٣) إذا كان الشفيع وكيل البائع بالبيع أو شاهداً على العقد ووقع إمضاءه بلا تحفظ . (٤) إذا أسقط الشفيع حقه بعد التسجيل صراحة أو ضمنيا ، ولكن هذا الإسقاط لا يجوز بعد تقديم الدعوى بالشفعة إلا برضا المشتري . (والقانون اللباني يجوز النزول عن الشفعة بطرق معينة ولكن هذه الطرق جميعا لا تكون إلا بعد ثبوت الحق فى الشفعة أى بعد بيع العقار المشفوع فيه) .

(١) أنظر فى عدم جواز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها فى قانون الشفعة السابق : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٦ — ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأنه لما كان الاستشفاع حقا يجوز كسب الملك ، فإنه يجوز التنازل عنه مقدما وفقا للقواعد العامة ، ولا يغير من هذا النظر أن محل الالتزام هو حق محتمل الوجود ، متى كان الالتزام بطلب منه ما كنه هذا الحق ومداه يؤثر فى تنازله عنه . ففى كان الحكم إذ تنس بسطة تنازل عن الشفعة مقدما ببنى قضائه على أن قانون الشفعة — الذى يسرى على موضوع الالتزام — وإن لم يورد من مسقطاتها إلا النزول عنها بعد البيع أخذاً برأى أئمة الفقه الإسلامى ، إلا أنه لم ينص على تحريم الاتفاق على التنازل عنها مقدما ، وأن هذا الاتفاق صحيح لعدم مخالفت للنظام العام ، وليس ثمة ما يوجب التقييد برأى فقهاء الشريعة فى هذا الخصوص ، فإن ما قرره هذا الحكم صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨) .

فقد أجاز ذلك بنص صريح كما رأينا (م ٩٤١ (١) مدني سالف الذكر) ،
وذلك تضييقاً منه للحق في الأخذ بالشفعة بعد أن حصر هذا الحق في أضيق
نطاق ، وحتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفع قبل أن يقدم على
الشراء (١) . وعلى ذلك يجوز الآن للشفع أن ينزل عن الحق في الأخذ
بالشفعة ، بعد ثبوت هذا الحق وقبل ثبوته ، صراحة أو ضمناً (٢) .
أما التزول الصريح عن حق الشفعة بعد ثبوته فيصح أن يكون بالكتابة الرسمية
أو العرفية ، كما يصح أن يكون شفويا ولكن يقع على من يتمسك بهذا التزول
من مشتري أو بائع للعقار المشفوع فيه عبء الإثبات طبقاً للقواعد العامة المقررة
في الإثبات . ويصح التزول في أي وقت ، إلى يوم صدور الحكم بثبوت
الشفعة (٣) . وقد يكون التزول عن حق الشفعة بعد ثبوته نزولاً ضمناً ،

= وانظر عكس ذلك وعدم جواز التزول قبل ثبوت الحق في الشفعة : استئناف وطني
٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ص ٢٢٥ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ص ٥٨ - ١٧ نوفمبر
سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٠٠ ص ١٥٥ - طنطا الكلية ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٠
الهامة رقم ٢٦ ص ١٥٢ - استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ رقم ٢٩٣ ص ٩٤٧ .
(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ما يعبر عنه بالتزول من الشفعة قبل البيع إن هو
إلا تعهد من الشفع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع ، مما يفيد أن
هذا التزول يجب أن يكون صريحاً . أما التزول الضمني من الشفعة فيفترض فيه حصول
البيع ، ثم صدور حمل أو تصرف من الشفع بعد ذلك يفيد الرغبة من استعمال حق الشفعة . هذا
هو مفهوم التزول الضمني عن الشفعة ، وهو ما كانت تقرره المادة ١٩ من قانون الشفعة
الملغى إذ نصت على أنه « يستدل على التنازل الضمني بكل عمل أو عقد يورث منه أن الشفع
حرف المشتري بصفته مالك العقار نهائياً » . أما ما تضمنته المادة ٩٤٨ مدني جديد من سقوط
الشفعة بالتزول منها قبل البيع ، فالمقصود منه جواز حاجة الشفع بما يكون قد صدر منه قبل
البيع من التزام بعدم استعمال حق الشفعة . وهذا النص حمى القانون المدني الجديد الخلاف
الذي كان قائماً قبل صدوره بشأن جواز حاجة الشفع بمثل هذا الالتزام (نقض مدني
١٠ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٢١٣) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٨ ص ٥١٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٤٧ .
ولا بد من صدور التزول من الشفع شخصياً أو من ينوب عنه قانوناً . والتزول من دعوى
الشفعة يعتبر نزولاً من حق الشفعة ذاته ، وقد قضت محكمة النقض بأنه حتى لو كان التنازل
مقصوراً على ترك المرافعة في الدعوى ، فإن هذا الترك يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الدعوى
بما فيها ورقة التكليف بالحضور ، ويزيل كل الآثار التي ترتبت على إقامتها من حفظ الطلب
وتعليق مدة التقادم ، وإنه يضرع من ذلك أن تكون الدعوى الجديدة قد رفعت بعد انقضاء المنصوص
عليه في القانون (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٠ ص ٨٧٨) . وانظر
في عدم جواز التزول من الشفعة بعد صدور الحكم بثبوت الحق فيها : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٧ .

ويكون ذلك بأى عمل يصدر من الشفيع يفيد حباً أنه نزل عن حقه . مثل ذلك أن يعترف الشفيع بالمشتري للعقار المشفوع فيه مالكا لهذا العقار على وجه بات نهائى (١) ، كأن يتعامل معه على هذا الأساس فيشتري منه العقار أو يرثه أو يأخذ عليه حق اختصاص أو يرتب عليه اعقاره حق ارتفاق أو يرتب له حق ارتفاق على عقاره ، وكان يتصرف المشتري فى العقار المشفوع فيه للغير فيشهد الشفيع على هذا التصرف دون تحفظ أو يكون وسيطا بين المشتري والمتصرف له (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفيع لا يعتبر متنازلا عن حقه فى الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشتري مالكا نهائيا للبيع . ولا يكتفى فى ذلك أن يكون الشفيع ، وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها ، قد اتفق مع البائع على فسخ إيجارها وتمهد له بتسليمها إلى المشتري ولم يبادر إلى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشتري مصروفات التسجيل وغيرها ، القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يوما لإبداء رغبته ، ففى أبقاها فى هذا الميعاد فلا يصح أن يؤخذ بعدم إبدائها بعد العلم بالبيع مباشرة أو بعده بأيام قلائل (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص ٥٦٨) . كذلك رفض الأخذ بالشفعة بالتمن الذى طلبه المشتري لا اعتقاد الشفيع أن هذا التمن يزيد على التمن الحقيقى لا يعتبر نزولا عن الشفعة (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢ ص ٢١) . ودفع الشفيع ، الذى كان مستأجرا للأرض المشفوع فيها ، الأموال الأميرية المستحقة على الأرض بعد توقيع الحجز على الزراعة ، لا يفيد النزول ضمننا عن حق الشفعة ، إذ الأموال الأميرية مستحقة على الأرض بصرف النظر عن شخص مالكيها ، ودفعها كان غفولا للمستأجر والشفيع) فى عقد الإيجار ، وهو لم يدفعها إلا بعد توقيع الحجز على الزراعة (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ هام جزء أول ص ٧٣٨ رقم ١٩٣) .

(٢) ويعتبر نزولا ضمنيا أن يطلب الشفيع قسمة العقار مع المشتري إن كان العقار شائعا أو يتفق معه على حقوق ارتفاق (استئناف غلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٦ - ٢ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢) ، أو أن يتأجر الشفيع من المشتري العقار المبيع أو يدفع الأجرة للمشتري إن كان العقار مؤجرا من البائع قبل البيع (استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ - استئناف غلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ ٣٣٠ ص ٢٢٧) . ويعد النزول عن الشفعة إلى الغير ، وهو باطل ، نزولا ضمنيا عن الشفعة وإسقاطا لها (استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٩) . ولا يجوز التسك لأول مرة أمام محكمة النقض بالنزول عن الشفعة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا يجوز للمشتري أن يتسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة لتهنته له (نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣١٩) .

وقد يقع نزول الشفع عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، أى قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ويكون الغرض من ذلك أن يأمن المشتري جانب الشفع قبل أن يقدم على الشراء كما سبق القول . فيحصل المشتري من الشفع على نزول صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه على البيع (١) ، ويكون هذا النزول الصريح إما كتابة أو شفها وعلى المشتري عبء إثبات هذا النزول طبقا للقواعد المقررة في الإثبات (٢) . ويصح أن يكون النزول عن الشفعة قبل ثبوتها نزولا ضمنيا ، بأن يأتي الشفع بعمل يستفاد منه حتما هذا النزول . مثل ذلك أن يكون الشفع قد توسط بنفسه بين المشتري ومالك العقار المشفوع فيه في عقد صفقة البيع التى صدرت من الثانى للأول ، أو رضى أن يكون وكيلًا عن المشتري في شراء العقار المشفوع فيه أو وكيلًا

(١) ويفسر النزول عن استعمال حق الشفعة تفسيراً ضيقاً . وقد قضت محكمة النقض بأن النص في عقد البيع على تنازل المشتري عن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو استثناء من الأصل العام الذى يميز الشفعة في نطاق الحدود التى بينها القانون ، فلا يجوز التوسع في تفسيره . ومن ثم لا يجوز البحث في حواجز انتقال هذا الالتزام بالنزول عن حق الشفعة إلى الخلف الخاص ، متى قسرت المحكمة شرط النزول تفسيراً سليماً واستخلصت منه أنه لا يفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٨ رقم ١٨٩ ورقم ١٩١ - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مرض العقار المشفوع فيه على الشفع قبل البيع وعدم قبوله شراؤه لا يمتد نزولاً عن حقه في الشفعة (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٣ ص ٩٤٧ - استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شخص عقاراً له ، ثم باعه المشتري للغير ، وتوافر في البائع الأول وقت البيع الثانى شروط الأخذ بالشفعة ، قلّه أن يأخذ بالشفعة العقار الذى كان يملكه أولاً ، ولا يعتبر بيعه لإياه سابقاً نزولاً ضمناً عن أخذه بالشفعة فيما بعد إذا توافرت شروط الشفعة (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣) .

(٢) هذا ويحدث كثيراً أن المشتري لعقار من شركة تخصصت في تقسيم الأراضي وبمبها ينزل في عقد شرائه عن الشفعة فيما يتم من البيوع التى تتولاها الشركة مستقبلاً . وإذا كان المشتري يتقيد بهذا التنازل ، فإن خلفه لا يتقيد به إلا إذا اشترط المشتري عليه ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمتد بتنازل المشتري من الشركة في عقد شرائه منها عن حق الشفعة ، لأن هذا التنازل لا يعتبر حقاً عينياً يتبع العقار في يد كائن من كان (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) .

عن البائع في بيع هذا العقار . وإذا شهد الشفيع دون تحفظ على عقد البيع الذي تم بين مالك العقار المشفوع فيه والمشتري ، كان هذا نزولا ضمنيا منه عن الشفعة ، ويكون النزول الضمني هنا معاصرا لثبوت الحق في الشفعة (١) .

(رابعاً) لا تنتقل الشفعة ، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها ، إلى ورثته . فإذا مات بعد أن يكون قد استعمل حقه ، بأن يكون قد أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل موته ، فإن حقه في تملك العقار المشفوع فيه يكون قد ثبت ، وينتقل هذا الحق منه إلى ورثته ، حتى لو لم يكن قد رفع دعوى الشفعة ، أو لم يكن قد تراضى عليها مع البائع المشفوع منه . ومن باب أولى لو أنه رفع دعوى الشفعة ثم مات ، فإن ورثته يحلون محله في الدعوى ويأخذون العقار المشفوع فيه بالشفعة ، إلا إذا نزلوا عن هذا الحق . وبديهي أنه لو صدر الحكم بثبوت الشفعة للشفيع وأصبح مالكا للعقار المشفوع فيه ، فإن ملكية هذا

(١) وكانت المادة ٢٠ من قانون الشفعة السابق تنص على أنه «يجوز إثبات النزول الضمني من حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الإثبات المقررة في القانون بما فيها الإثبات بالبينة» . وقد أدرج هذا النص تحت رقم ١٣٩٧ مكررة في المشروع التمهيدي . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة حذفها «لأنها تطبق للقواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ في الهامش) - وانظر استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٧ - أول فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٥ .

أما إثبات النزول الصريح فتجب فيه ، طبق للقواعد المقررة في الإثبات ، الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمة العقار المشفوع فيه تزيد على عشرة جنيهات . ذلك أنه في النزول الصريح لا شيء يمنع الخصوم من الحصول على الكتابة ، أما الأعمال التي يستفاد منها ضمنيا النزول عن الشفعة فهذه لا يمكن الحصول على كتابة لإثباتها (استئناف وطني ٧ مايو سنة ١٨٩٥ الحقنة ١٠ رقم ٤٢ ص ٢٠٢ - استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢) .

هذا ويجوز النزول عن الشفعة بعد طلبها ، وليس للمشتري أن يطالب الشفيع بالتعويض حتى لو كانت الأثمان قد هبطت (استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ الهامة ٢ رقم ١٠٥ ص ٣٢٩) . أما إذا نزل الشفيع عن الشفعة فلا يجوز له أن يطلبها بعد نزوله منها ، وإنما يجوز له أن يطلبها في بيع جديد (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ - استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤١ الهامة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧) .

وانظر في جواز النزول من الشفعة في مقابل عوض يدفعه المشتري واختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة : محمد كاتل مرمي ٣ فقرة ٥٢٢ - فقرة ٥٣٥ .

العقار تنتقل إلى ورثته كسائر أعيان تركته ، بل إن الورثة لا يستطيعون في هذه الحالة النزول عن حق الشفعة بعد أن صدر الحكم بثبوتها لمورثهم . كذلك من البديهي أنه إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه ، فإن ملكية العقار المشفوع به تنتقل من الشفيع إلى ورثته ، فإذا بيع العقار المشفوع فيه بعد ذلك ، ثبت حق الأخذ بالشفعة للورثة ، ولكن لا بطريق الاستخلاف عن المورث بل بطريق الأصالة عن أنفسهم ، إذ أن بيع العقار المشفوع فيه لم يقع إلا بعد أن انتقلت إليهم ملكية العقار المشفوع به . كل هذه فروض الحكم فيها واضح ، وهو ما قدمناه . وإنما يقع الخلاف فيما إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ، فهل ينتقل إلى ورثة الشفيع حق مورثهم في الأخذ بالشفعة ، ويكون لهم أن يعلنوا رغبته في ذلك كما كان لمورثهم أن يفعل لو أنه لم يموت ، إذا كان ميعاد الأخذ بالشفعة لم ينقض ؟

اختلفت الآراء في هذه المسألة اختلافاً بيناً في عهد قانون الشفعة السابق ، فرأى يذهب إلى أنه لا يجوز للورثة الأخذ بالشفعة وأن الشفعة لا تورث ، ورأى آخر يذهب إلى أن الشفعة تورث فيجوز للورثة الأخذ بالشفعة . وقد رددت مشروعات التقنين المدني الجديد صدى هذا الخلاف . فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٢ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالميراث . . . » (١) . ولكن لجنة المراجعة عدلت النص على الوجه الآتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث . . . » . وفي لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة ، ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة الخاصة بهذه

(١) وهذا النص وضعته لجنة الأستاذ كامل صدق ، وقد نوقش في هذه اللجنة ، فوافقت بأغلبية الآراء على انتقال حق الشفعة إلى الورثة وعدم انتقاله إلى الموصى له (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٤ في الملحق) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « أن اللجنة (لجنة الأستاذ كامل صدق) جعلت الحق في الشفعة ينتقل بالميراث ، خلاف لما ذهب إليه محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة ، وبأخذ بهذا الرأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم الشافعي ومحمد (٢) . وهو الرأي الذي يتفق مع المبادئ العامة للقانون ، فإن الشفعة أساس للموصى من الدعوى المالية ، وهذه الدعوى تنتقل بالميراث » (مجموعة الأعمال التحضيرية

المسألة « وترك حكمها لاجتهاد القضاء » (١) . وترك الحكم في هذه المسألة لاجتهاد القضاء أمر محير ، فالقضاء فيها جد مختلف . وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأن الشفعة تورث ، إلا أنه يصعب القول بأن هذا القضاء قد حسم كل خلاف ، وبخاصة أن الفقه المصرى لا يزال ، حتى بعد صدور التقنين المدنى الجديد ، منقسما كل الانقسام . بل إن المسألة في الشريعة الإسلامية ، وهى المصدر الذى اشتق منه الشفعة ، مسألة من المسائل التى اختلفت فيها المذاهب واضطربت فيها الأقوال . ونبدأ بإيراد الخلاف فى المسألة بين مذاهب الفقه الإسلامى ، ثم بين أحكام القضاء المصرى ، ثم بين الآراء الفقهية ، تمهيدا لإبداء رأينا فيها .

أما الخلاف فى الفقه الإسلامى ، فقد لخصناه فى الجزء الخامس من كتابنا « مصادر الحق فى الفقه الإسلامى » على الوجه الآتى : « أما حق الشفعة فيذهب الحنفية إلى أنه لا يورث ، كما لا يورث خيار الشرط ، لأن كلا منهما مشيئة ومشية لا تورث . وهذه رواية عن أحمد ، وفى رواية أخرى عنه حق الشفعة يورث لأنه حق متعلق بالمال ومفوض إلى تملكه . وأما ما تقوله الحنفية من أنه إرادة ومشية ، فالإرادة تتعلق هنا بشيء له وجود سابق ، إذ الشفع لا يستطيع المطالبة بأخذ أى عقار بالشفعة ، بل يأخذ عقارا معيناً بالذات لأنه أولى به من مشريه . فإذا مات الشفع قبل أن يطلب لم تتغير حال المبيع ، فيكون الوارث أحق به من مشريه لقيام الوارث مقام المورث . جاء فى البدائع (جزء ٢ ص ٢٢) وهو من كتب الفقه الحنفى : وأما الضرورى (فيما تبطل به الشفعة) فنحنو أن يموت الشفع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة ، فتبطل شفעתه . وهذا عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله لا تبطل ولو ارثه حق الأخذ . ولقب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث ؟ عندنا لا يورث ، وعنده يورث . والكلام فيه من الجاهلين على غير الكلام فى خيار الشرط . وجاء فى بداية الجهد (جزء ٢ ص ٢١٨) وهو من كتب الفقه المالكى : فمن ذلك اختلافهم فى ميراث حق الشفعة ، فلذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز إلى أنها موروثه قياسا على الأموال . وجاء فى الميزاب (جزء

أول ص ٣٨٣) وهو من كتب الفقه الشافعى : وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ . انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته ، لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب . وجاء في المغنى (جزء ٥ طبعة ثالثة ص ٣٤٦ - ص ٣٤٧) وهو من كتب الفقه الحنبلى : والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميت طالب بها . وجملة ذلك أن الشفيع ، إذا مات قبل الأخذ بها ، لم يخل من حالين . (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة والحد إذا مات المقدوف والخيار إذا مات الذى اشترط الخيار لم يكن للورثة . هذه الثلاثة الأشياء إنما هي بالطلب ، فإذا لم يطلب فليس تجب ، إلا أن يشهد أنى على حق من كذا وكذا وأنى قد طلبته ، فإن مات بعده كان لوارثه الطالب به . وروى سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي . وقال مالك والشافعى والعنبري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب . ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لقوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة أو لأنه نوع خيار جعل للتملك أشبه خيار القبول . أما خيار الرد بالعيب ، فإنه لا استدراك جزءات من المبيع ، . (الحال الثانى) إذا طالب بالشفعة ثم مات ، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه . لأن الحق يتقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط (١) . ويخلص مما قدمناه من الخلاف في الفقه الإسلامى أن الخلاف محتدم في هذا الفقه . فالحنفية والحنابلة وكثير من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة ، كالحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق ، يذهبون جميعاً إلى أن الشفعة لا تورث . والذين يقولون بأنها تورث هم المالكية والشافعية . فوضح من ذلك أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وإن كان الأقرب إلى الرجحان هو القول بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وقد أيد هذا القول تأييداً قريباً أحد فقهاء

الحنفية البارزين ، ورد على القول الآخر ردودا جلية واضحة (١).

أما القضاء المصرى فى هذه المسألة ، فهو أيضا مختلف . قضى بعض الأحكام بأن الشفعة لا تورث (٢) ، وقضى بعض آخر بأنها تنتقل بالميراث (٣). ثم طرحت المسألة على دوائر محكمة استئناف مصر المحترمة ، فقضت فى ٣

(١) والفقهاء الحنفى الذى نشير إليه هو الزيلعى ، وقد رد على مذهب الشافعى بما يأتى : « وقال الشافعى لا لى بموت الشفع أبى ، لأن هذا حق معتبر فى الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب . ولنا أنه مجرد حق وهو حق الملك ، وأنه مجرد رأى ، وهو صفة فلا يورث عنه . بخلاف القصاص ، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ، ولهذا جاز أخذ الموضع عنه ، وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن إرثه . بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق إذ هى مجرد الرأى والمشقة ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفع فى التى يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ولأن حق الوارث وقت البيع ، فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ . وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة فى الدار المشفوعة ، وذلك حقه ، كما إذا انتقل إلى غيره بسبب آخر فينفض ويأخذها بالشفعة ، كما يتقضى سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف ، وكذا لو باعها القاضى أو باعها وصيه كان له فقهه » (الزيلعى جزء ٥ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨).

(٢) مصر الكلية : يولى سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٣١٧ - أسبوط الابتدائية (استثنائى) ٧ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٠ - الزقازيق الكلية ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٣ ص ٦٣ - أسبوط الكلية ٣ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٢ ص ١٦٣ - الزقازيق الكلية ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٢٣ ص ٥٦ - الاسكندرية الكلية ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٤٩ ص ٣٦٧ - دمنهور الجزئية ١٦ يوفى سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١١٧ ص ٢٤١ - شبين الكوم الجزئية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨١ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٥ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٥٤ - ١١ يناير سنة ١٩٣١ م ٥٠ ص ٩١ - ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ - ومن هذا ترى من الفقهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد أحمد فتحى زغلولى ص ٨٩ - عل زكى المرابى فقرة ١٤٣ .

(٣) مصر الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٧٨ - استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المحاكم ١٣ رقم ٥١٣ ص ٢٨٦٤ - ٢ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ - ومن هذا ترى من الفقهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد عبد السلام ذهبى فى الأموال فقرة ٤٦١ .

مايو سنة ١٩٣٠ بأن الحق في الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضي (١) . ولكن عندما أنشئت محكمة النقض

(١) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ - المجلد ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ - وجاء في أسباب الحكم ما يأتي : « حيث إن إنسانه المطلوب الفصل فيها هي ما إذا كان حق الشفعة يمتلئ بموت الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة بالقضاء أو بالرضا ، أو أن هذا الحق ينتقل بمرور لوارثه . وحيث إن قانون الشفعة لم ينص على هذه الحالة ، ولما كان الشارع قد أخذ حق الشفعة عن الشريعة الإسلامية فقد وجب الرجوع إليها لمعرفة طبيعة هذا الحق . وحيث إن الفقهاء قد عرفوا الشفعة بأنها حق تملك المقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والموت . وحيث إن هذا الحق هو بطبيعته حق استثنائي لأنه قيد على حرية التعاقد ، وهو نوع من فزع الملكية لمنفعة خصوصية ، ولذلك يضع الفقهاء دائما باب الشفعة عند باب الفسخ ، ويذكران وجه الشبه بينهما أن في كل منهما تملك مال الغير بغير رضائه . وقد حملوا إلى تخفيف وطئه بانتفاء شروطه والتوسع في مستطاته ، فأفتوا جميعا بأن الشفيع بمجرد سبه بالبيع يجب عليه أن يعلن فوراً رغبته في الأخذ بالشفعة ويشهد على رغبته هذه . وحيث إن انتهاء لا يمتد بمرور حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائياً بالقضاء أو الرضاء حق تام ، بل يصرفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة من مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأي ومشيتة ، أو بعبارة علماء القانون (simple faculté) . وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يستأخر عنه ، ولا أن يورث ، فهو حق لا يصح بشخص الشفيع لا يمكن أن ينتقل منه لغيره . وحيث إنه من جهة أخرى فإنه من شروط هذا الحق في الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فإذا زال ملكه بطلت شفيعته بزوال سببها ، ولا تنتقل لمن آلى إليه الملك لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع وهو يجب أن يكون مالكا وقت . وبناء على ذلك إذا مات الشفيع بطلت شفيعته ولم تنتقل لوارثه لأن الوارث إنما يملك بالوراثة من وقت الوفاة وهي حادثة بعد البيع . وحيث إن هذه المبادئ التي قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها ، فوجب العمل بها . وحيث إنه وإن كان الشافعي ومالك يقولان بالإرث في الشفعة ، إلا أن مذهب الإمام أبي حنيفة هو المذهب المعمول به في مصر منذ زمن طويل ، وقد أخذ به الشارع في مسائل الأحوال الشخصية والوقف . . . وعندما أراد الشارع اقتباس بعض أحكام من مذاهب أخرى اضطر لعمل تشريع جديد ، كما فعل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالطلاق والنفقة والمدة وغيرها . فيجب اعتبار أن مذهب أبي حنيفة هو المرجع الأصلي في نظر الشارع لأحكام الشريعة . والواقع أنه أخذ من أحكام الشفعة في مجرمها ، حيث خول حق الشفعة لدار وشريرك مطلقا طبق هذا المذهب ، خلاف مذهب الشافعي ومالك الذين لا يفرقونه إلا شريك ونفس في حصة ما إذا كان المقار لا يقبل القسمة . وحيث إنه لا محل للإرتكان على المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات لقول إنه إذا مات أحد الخصوم أثناء سير الدعوى حلت ورثته محله في جميع الأحوال ، لأن قانون المرافعات لم يوضع لتقرير الحقوق ، بل لطريقة المطالبة بها ، فهو قانون لإجراءات لا قانون موضوع ، وغرض المادة ٢٩٩ منه أن الوارث يحل محل المورث في الدعوى إذا كان الحق في موضوع الدعوى قد انتقل إليه . فلهذه الأسباب حكمت دوائر المحكمة مجتمعة بالا بمنتقل حق الشفعة إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضي . »

رفع إليها الأمر ، فقضت في ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ بعكس ما قضت به الدوائر
المجتمعة لمحكمة استئناف مصر : وبأن الحق في الشفعة ينتقل بالميراث (١) ،

(١) نقض مدني ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ - وجاء في
أسباب الحكم ما يأتي : « وحيث أن الأصل في القوانين الوضعية أن من ترك مالا فلورثته .
ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ، لأن الأصل
فيها جميعا الانتقال للورثة ، إلا ما كان خاص بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت وكما
خلا القانون المصري من حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التمين وخيار الاسترداد
الوراثي وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه ، كذلك خلا قانون الشفعة من النص على
حكم خيار الشفع أينتقل للورثة أو لا ينتقل . فالقول الفصل فيها جميعا أنها تنتقل قانونا إلى ورثة
صاحب الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث بجرى الأصل . وحيث إن الأصل
كذلك في الشريعة الإسلامية - على مذهب جمهور الفقهاء - هو أن تورث الحقوق والأموال
إلا ما قام دليل على مقارفة الحق في هذا المعنى للمال . أما الحنفية منهم ، فالأصل عندهم أن يورث
المال دون الحقوق ، لأن الذي ثبت عن الشارع هو قوله صلى الله عليه وسلم : من ترك مالا
فلورثته ، إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال . فوضع الخلاف بين الأئمة هل الأصل
هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا . فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له
ما كان للمورث من الخيارات في خيار العيب وخيار قوات الوصف المرغوب فيه وخيار
التمين وخيارات أخرى ، لأعلى اعتبار أن الذي ينتقل للورثة هو حق من الحقوق ، بل على
اعتبار أن المنتقل إليهم عين النصت بها حقوق . فلي خيار العيب وخيار قوات الوصف ،
السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله . أما خيار الشفعة
فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولا حقا بها ، بل هو راجع يخص إرادة الشفع فإن شاء
أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا في معنى المال . أما جمهور
الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، فأصلهم أن الحقوق والاختصاصات
والخيارات قررت كما قررت الأموال ، إلا ما كان صفة خاصة بذى الخيار ، كخيار الأب
في ردهته فلا يورث لأنه خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة .
لسبب خلافهم إذن في خيار خيار ، على ما يقوله الإمام ابن رشد ، أنه من انقذ له في
شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انقذ له أنه صفة خاصة لذى الخيار لم يورثه . وحيث
إن مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة في انتقال الخيارات انتقال الأموال والحقوق إلى
الورثة هو الذي يلائم مذهب القانون المصري فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة
بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والحارات والزاعم الدعاوى وآجال الديون ، فن مات
وعليه دين مؤجل فلا يحل أجل الدين بموته لأنه حق استفادته المدين حال حياته ، فينتقل بعد
موته إلى ورثته ميراثا عنه . والمنافع المسكونة لشخص إذا مات قبل استيفائها غلغله ورثته فيما
بين منها ، ومما لا يمتنع الإجماع بمرث الميراث من الخيارات . ومن أمثلة ما
أرض ليسحبها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء وكان ذلك قبل مضي
ثلاث سنين خل وارثه محله في اختصاصه بها وأولويته بأحيائها ، وإذا مات الدائن المرتهن
انتقلت الدين المرهونة إلى يد وارثه ، وانتقل منها حق حبسها حتى يستوفى الدين . وهذا كله
صحيح في مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ، وغير صحيح في مذهب أبي
حنيفة . والخلاصة أن حكم القانون في خيار الشفعة هو انتقاله إلى الورثة ، كمرأى جمهور
أولئك الفقهاء والأئمة . »

وأكدت نفس المبدأ في أحكام تالية (١) .

وأما الفقه المصري . بعد صدور التقنين المدني الجديد وسكوت هذا التقنين عن النص على هذه المسألة تاركاً إياها لاجتهاد الفقه والقضاء . فهو كذلك متقسم . ولا يكاد الباحث يتبين فيه الرأي الراجح من الرأي المرجوح . فن الفقهاء من يذهب إلى أن الحق في الشفعة لا يورث . ويخالف في ذلك قضاء محكمة النقض على الوجه الذي بسطناه (٢) . ومن الفقهاء من يذهب

(١) نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠ - وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وحيث إن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه إلا في خاصة العلاقات المدنية التي نشأت قبل إنشاء المحاكم الأهلية ، وفيما أحاله القانون إليها كالميراث والحكر وفي مسائل الأحوال الشخصية التي تعرض لها ولا نجد فيها ما يستدعي التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل في هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بنظرها بصفة أصلية . أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وضمه بطائمه وأدجمه في القوانين كالحكم المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات في القانون التجاري ، فإنه يكون قانوناً بذاته تطبيقه المحاكم النظامية وتفسيره غير متقيد به بآراء أئمة الفقه الإسلامي . وعلى ذلك فكون الشريعة الإسلامية هم مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بآراء أئمتها عند البحث في حل ينتقل حق الشفعة بالإرث أو لا ينتقل . وحيث إن كون الشيء مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس بمال فلا ينتقل ، هو بحث في مسألة عينية في صميم المعاملات . . . وحيث إن المال في اصطلاح القانون هو كل شيء . ذافع للإنسان يصبح أن يستأثر به وحده دون غيره . وكما يكون المال شيئاً مادياً كالأعيان التي تقع تحت أخواس ، كذلك يكون شيئاً معنوياً كالحقوق التي لا تدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية ، النفع والتقدم وقابلية الاستثمار ، فوجب اعتباره مالا . أما الزعم بأن هذا الحق ليس بمال قولاً بأنه مجرد خيار مردود إلى مشيئة الشفع . ورغبته وأنه متصل بشخصه ولا تعلق له بيمين المشفوعة . فهو زعم لا يستقيم في ظل أحكام القانون الوضعي الذي جعل إعلان الشفع ورغبته في الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير ، وجعل أن كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفع ، مما لا يمكن معه القول بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفع ولا تعلق له بالمال » .

وانظر أيضاً نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ (وقد رددت المحكمة الأسباب التي سبق أن أوردتها في الحكم السابق) .

(٢) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ محمد علي مرفه ، فراه يقول : « إن المشرع ، وقد عرف الشفعة في المادة ٩٣٥ من القانون المدني الجديد بأنها رخصة لاحق ، يكون قد دل بذلك على ترجيحه لاتجاه الحنفية في تكليف الشفعة بأنها إرادة ومشيئة ، وهي بهذه المثابة لا يمكن القول بانتقالها إلى الورثة . . ونحن في هذا نتفق مع حكم الدوائر المختصة ، ولكننا لانتابعه في -

إلى عكس هذا الرأي ويقول بأن الحق في الشفعة يورث ويتفق في ذلك مع قضاء محكمة النقض (١) .

= النتيجة التي انتهى إليها . وذلك لأننا نرى أن الرخص تتأكد باستعمالها ، فإذا ما ألبست الرخصة ثوب الدعوى فإنها تتحقق نهائيا أي تنقلب إلى حق يخلص من ذلك أننا نرى أنه إذا توفى الشفيع قبل مباشرة دعواه سقطت الشفعة بوفاته ، إذ لا تكون الدعوى مقبولة ابتداء من ورثته لأنهم لم يكونوا مالكيين وقت البيع سبب الشفعة ، وهو شرط أساس لنفوذ الشفعة . ولا تقبل منهم الدعوى بصفتهم ورثة للشفيع ، إذ أن الشفيع لم يرفع بعد الدعوى باسمه هو حتى يحل ورثته محله فيها . أما إذا كان الشفيع قد رفع الدعوى قبل وفاته ، فإنها تصبح جزءا من ذمته ، وتنتقل بالتالي إلى ورثته مع أموال التركة الأخرى (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٦٠) - ومنهم الأستاذ عبد المنعم البدر أرى إذ يقول : « يبدو أنه إذا توفى الشفيع قبل استعمال حقه ، لم ينتقل حقه إلى ورثته : فحق الشفعة يكون قد سقط عنه ، ولا يستطيع الورثة الأخذ بالشفعة لأنهم لم يكونوا ملاك وقت البيع » (عبد المنعم البدر أرى فقرة ٤٢٢ ص ٤٥٢) - ومنهم الأستاذ اسماعيل غانم . وهو يقول : « ويبدو أن الرأي السليم هو ما ذهب إليه محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة ، لأعل أساس التقيد بالمذهب الحنفي ، وإنما على أساس أن من شروط الشفعة ، ملقب لما تقتضيه الحكمة المقصودة منها ، أن يكون الشفيع مالكا للمقدار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه وأن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة ووارث الشفيع لم يكن مالكا للمقدار وقت البيع . هذا إلى أن إسقاط الشفعة بموت الشفيع يتشبه مع اتجاه المشرع في التفتيش المدنى الحلى إلى التفتيش منها . ومن رأينا ، بناء على ما تقدم ، أن موت الشفيع يترتب عليه سقوط حق الشفعة ، ولو طرأت الوفاة بعد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة أوحى بعد رفع دعوى الشفعة » (اسماعيل غانم ص ٩٢) - ومنهم الأستاذ حسن كيرة ، حيث يقول : « ونحن نفصل القول بأن الشفعة لا يمكن أن تورث ، لأن المشرع في القانون الجديد يصفها صراحة بأنها رخصة : ومن المسلم أن الرخص لا تورث كالحقوق . فضلا عن أنه ، كما قالت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف ، يتخلف شرط جوهرى هو أن يكون الوارث غير ممتلك وقت البيع مع أن شرط تملكه وقت البيع هو شرط أساسى في الأخذ بالشفعة ويجب أن نلاحظ أنه إذا رفعت الدعوى بالشفعة فقد صارت حق للشفيع ، وهذا الحق هو حق مالى ، ولذلك ليس ثمة ما يمنع من أن يرث ورثة الشفيع إذا توفى بعد رفع الدعوى هذا الحق ، لأنهم يرثون حينئذ حقا ولا يرثون رخصة » (حسن كيرة ص ٢٥) - وانظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٦٠ ص ٣٦٢ .

(١) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ شفيق شحاتة وهو يقول : « هذا وإن حق طلب الشفعة لا يسقط بموت الشفيع ، وقد قصت بذلك محكمة النقض ولو فرض أن المورث كان يملك طلب الشفعة ، فإن الوارث يستطيع أن يباشر هذا الحق إذا ما انتقل إليه ، وهو لا يحتاج إلى إثبات أن شروطه متوافرة بالنسبة إليه إذا كانت الشروط قد توافرت بالنسبة إلى مورثه . ولا شك أن حق الشفعة ينتقل بعد إبداء الرغبة إلى وارث الشفيع ، ذلك أن الحق بعد الإعلان

ونحن إزاء هذا الخلاف المحتدم ، وقد شمل كلا من الفقه الإسلامي وأحكام القضاء وأقوال الفقهاء ولم يسعف فيه نص صريح في التقنين المدني إذ ترك هذا التقنين الأمر لاجتهاد القضاء^(١) ، لايسعنا إلا أن نتقدم إلى القضاء بالملاحظات الآتية :

= قد تقرر على عين من الأعيان ، وهو حق شبه عيني ينتقل إلى الورثة كالحق العيني سواء بسواء (شفيق شحاتة فقرة ٢٥٨) - ومنهم الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة وهو يقول : « ونحن نقر ما ذهب إليه محكمة النقض من أن حق الشفع في الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته ، وإنما ينتقل إلى ورثته . ونعتقد أن هذا الانتقال يتحقق حتى لو مات الشفع قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى . ذلك أن الشفعة ، ولو أنها رخصة تتعلق بمشقة الشفع ، إلا أنها بحكم طبيعتها تلازم العقار المشعور به فتنتقل منه إلى الوارث » (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٧ ص ٤٩٨) - ومنهم الأستاذ منصور مصطفى منصور وهو يقول : « ونرى أن رأى محكمة النقض هو الرأى الصحيح . ولا يصح الاعتراض عليه واستول إن الوارث لا يجوز له أن يأخذ العقار بالشفعة لأنه لم يكن مالكا له الذي دفع به وقت البيع إذ يجب أولا الفصل في مسألة ما إذا كان حق الأخذ بالشفعة يورث أولا يورث - فإذا قلنا مع محكمة النقض أنه يورث ، فينتقل هذا الحق إلى الوارث بالحالة التي كان عليها وقت وفاة المورث . وعلى ذلك فإذا مات المورث قبل أن يتخذ أى إجراء من إجراءات الأخذ بالشفعة فلم يعلن رغبته ، كان للمورث أن يعلن الرغبة في الميعاد المحدد لذلك مادام أن هذا الميعاد لم ينته به . وإذا كان المورث قد باشر ببعض الإجراءات ، فعلى الوارث أن يستمر فيها كما لو كان المورث لا يزال حيا ويباشر هو الإجراءات » (منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٠ ص ٣٥٧) . قارب أيض محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٥٤ و فقرة ٥٦١ .

هذا وقد قررنا في الجزء الخامس من مصادر الحق في الفقه الإسلامى ما يأتي : « ولا شك في أنه مادام أن النص الذي كان مشروع التقنين المدني الجديد يشمل عليه لحسم الخلاف قد حذف ، وترك الأمر لاجتهاد القضاء ، ولم ير المشرع أن يضيف إلى سلسلة القيود التي أحاط بها الشفعة تحفظا من أثرها في تقييد حرية التعامل فيها جديداً بالنص صراحة على أن حق الشفعة لا ينتقل بالميراث ، فلا مناص من الرجوع إلى أحكام القضاء في هذه المسألة . ويبدو أن محكمة النقض في حكمها المتقدم الذكر ، وفيما استند إليه هذا الحكم من أسباب وجيهة ، قد حسنت الخلاف ، إذ قضت بأن حق الشفعة هو حق مالى ينتقل بالميراث كسائر الحقوق المالية » (مصادر الحق في الفقه الإسلامى جزء ٥ ص ٧٥) - وهذا الذي قلناه لا يمنعنا من معاودة النظر في هذه المسألة لبحث الأمر بحثا غير متأثر بقضاء محكمة النقض . فقد كنا فيما قدناه أقرب إلى أن نقرر الواقع ونسجل ما جرى به القضاء ، منا إلى تخصيص هذا القضاء وتقرير ما ينبغي أن يكون .

(١) أما في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فقد جاء في تقنينين منها نص صريح يأخذ بانتقال حق الشفعة بالميراث . فنصت المادة ١١٣٣ / ٣ مدني عراقي على ما يأتي : « متى ثبتت الشفعة ، فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفع » . ونصت المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المصدرة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته ، ولا يجوز التفريط عنه لشخص آخر » .

يجب بادئ ذي بدء أن نحدد المسألة تحديدا دقيقا ، فقد قدمنا أن المقصود بحق الشفعة ، الذى ينظر فى انتقاله إلى الورثة أو عدم انتقاله ، ليس هو الحق الذى استقر للشفيع قبل موته بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة . ففى رأينا - وسنبسط ذلك فيما يلى - أن الشفيع إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة يكون قد تكاملت عنده عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه ، وحل باعلان هذه الرغبة محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا مع البائع . ولا شك فى أنه إذا مات بعد ذلك ، انتقل حقه هذا ، أى حق ملكية العقار المشفوع فيه ، إلى ورثته ، وعلى هؤلاء أن يستمروا فى إجراءات الأخذ بالشفعة حتى يحصلوا على حكم بثبوتها أو يحصلوا على رضاء بها . والذى يستلقت النظر فى الأحكام الثلاثة التى صدرت من محكمة النقض فى هذه المسألة ، هو أن الثابت من وقائع الدعوى فى كل منها أن الشفيع لم يمت إلا بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، بل وبعد أن رفع الدعوى بها . فالأحكام الثلاثة التى قضت كلها بانتقال الشفعة إلى الورثة تكون إذن ، من وجهة النظر التى أبديناها ، صحيحة . ولكن محكمة النقض ، كما سنرى ، تذهب إلى أن حق الشفيع لا يثبت إلا عند صدور الحكم . وأيا كان الوقت الذى يثبت فيه للشفيع الحق فى الحلول محل المشترى - وقت إعلان الرغبة أو وقت صدور الحكم - فإن المسألة التى نببحثها هنا هى دلل ينتقل إلى الورثة الحق فى الأخذ بالشفعة إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يثبت له حق الحلول محل المشترى ، أى قبل إعلان الرغبة فى رأينا أو قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة فيما ذهبت إليه محكمة النقض ؟ هناك فرضان لا يجوز الخلاف فيهما : (١) إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه وانتقلت ملكية العقار المشفوع به إلى الورثة ، فلهؤلاء أن يأخذوا بالشفعة عند بيع العقار المشفوع فيه ، وهم يأخذون بالشفعة كما قدمنا أصالة عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، لا باعتبارهم ورثة حلوا محل مورثهم . (٢) إذا مات الشفيع بعد أن حل محل المشترى ، سواء باعلان الرغبة فى الرأى الذى نقول به أو بصدور الحكم بثبوت الشفعة فى الرأى الذى تذهب إليه محكمة النقض ، كان للورثة أن يأخذوا بالشفعة ، ولكن لا أصالة عن أنفسهم كما فى الفرض الأول ، بل لأنهم حلوا محل مورثهم بعد أن انتقل إليهم حقه بالميراث .

والفرض الذى يجوز فيه الخلاف هو ، كما قدمنا ، الفرض الذى يموت فيه الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشتري . وهنا ننظر إلى المسألة من ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدنى ، ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامى وهو المصدر الذى اشتقت منه نصوص الشفعة .

فن ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدنى : يجب القول إن الشفيع فى الفرض الذى نحن بصددده ، بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشتري ، لم يثبت له حق فى العقار المشفوع فيه . وليست الشفعة فى هذه المرحلة إلا رخصة ، أو هى منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق (١) . وسواء كانت رخصة أو كانت منزلة وسطى ، فهى لم تُكسب الشفيع بعدُ حقا كاملا فى العقار المشفوع فيه . والذى ينتقل إلى الورثة من مورثهم هى الحقوق الكاملة التى ثبتت للمورث ، ولا ينتقل إليهم رخصة أو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، فهذه وتلك ليستا بحقوق كاملة حتى تنتقلا إلى الورثة (٢) . ومن ثم لا يجوز القول ، من ناحية المبادئ العامة للقانون المدنى ، إن الشفعة فى الفرض الذى نحن بصددده تنتقل إلى الورثة .

ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامى ، نرى أن المذهب الفقهى الذى هو أقرب إلى المبادئ العامة للقانون المدنى هو المذهب الحنفى ، فهو يقول عن الشفعة إنها إرادة ومشيئة . وهذه الإرادة أو المشيئة هى التى نعتبر عنها فى القانون بأنها رخصة أو هى المنزلة الوسطى ما بين الرخصة والحق ، فهى لا تورث لا فى القانون ولا فى المذهب الحنفى . ونحن نأخذ هنا بالمذهب الحنفى لا لأنه هو المذهب الواجب الأخذ به فى الفقه الإسلامى ، فنحن نسلم بجواز الأخذ بأى مذهب وبأى قول فى الفقه الإسلامى فى المسائل المالية ، ما دام هذا المذهب أو هذا القول هو الذى ينسجم مع مبادئ القانون المدنى . وقد رأينا أن المذهب الحنفى هو الذى ينسجم مع مبادئ القانون المدنى فى هذه

(١) أنظر آنفا ص ٤٤٩ هامش ١ .

(٢) ومن أجل ذلك لا ينتقل إلى الورثة حق مورثهم فى قبول الإيجاب الموجه إليه إذا كان هذا الإيجاب غير ملزم وكان من وجه إليه الإيجاب قد مات قبل أن يقبل الإيجاب . فهناك أيضا يكون الحق فى القبول هو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، وليس بحق كامل ، ومن ثم لا ينتقل إلى الورثة .

المسألة ، ومن أجل ذلك نأخذ به . ثم إنه من المقرر في الفقه الإسلامي ، وهو مقرر أيضا في القانون نقلا عن الفقه الإسلامي ، أن الشفيع يجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، وأن يبقى هذا الملك متصلا من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فإذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل الأخذ بالشفعة ، فإن ورثة الشفيع لا يستطيعون الأخذ بالشفعة باعتبارهم ورثة ، إذ لم يخلف لهم مورثهم إلا إرادة ومشية متصلة بشخصه ، وهذه لا تورث (١) . وهم لا يستطيعون أيضا الأخذ بالشفعة أصلاء عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به الذي انتقلت ملكيته إليهم من مورثهم ، وذلك لأنهم كانوا لا يملكون العقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، فلكيتم غير متصلة . ويعبر الزيلعي عن هذا المعنى في عبارات جلية إذ يقول : « . . . بخلاف الشفعة لأنها مجرد الرأي والمشية ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ، ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع . وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ، ولا في حق الوارث وقت البيع . فبطلت ، لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ، ولا بالملك الزائل وقت الأخذ » (٢) . ودع عنك ، بعد كل هذا ، أن القول بعدم انتقال الشفعة إلى الورثة هو القول الذي يتفق مع فكرة التضييق في حق الشفعة ، وهي الفكرة التي سادت نصوص الشفعة في التقنين المدني الجديد .

بقى أن نستعرض في إيجاز موقف محكمة النقض فيما ذهبت إليه من انتقال الشفعة بالميراث . فهي في حكمها الأول الصادر في ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ قد أفرطت في الاستناد إلى الفقه الإسلامي ، واستخلصت من هذا الفقه رأيا راجحا أسندته إلى المالكية والشافعية والإسناد هنا صحيح . وإلى الحنابلة

(١) ويشبه ذلك حق التعويض عن الضرر الأدبي ، فهو أيضا متصل بشخص المضرور . ومن أجل ذلك لا يورث ، إلا إذا تحدد بموجب اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء (م ١/٢٢٢ مدني) .

(٢) الزيلعي جزء ٥ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - وانظر آتفا قوله كاملا في ص ٤٦٢

والإسناد هنا محل للنظر فقد أوردنا فيما قدمناه المذهب الحنبلي وهو أقرب إلى المذهب الحنفي (١) . واستخلاص رأى راجح في الفقه الإسلامى يقول بتوارث حق الشفعة على النحو الذى ذهبت إليه محكمة النقض هو أيضا محل للنظر ، فقد قدمنا أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وأن الحنفية والحنابلة وكثيرا من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة يقولون بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وأن هذا القول هو الأقرب إلى الرجحان. ولم يسترقف محكمة النقض هذا التمييز الدقيق بين خيار وخيار الذى ورد فى المذهب الحنفي ، وهو من التميزات المنطقية المحكمة التى اشتهر بها هذا المذهب . وقد أحسنت محكمتنا العليا التعبير عنه ، وإن كانت لم تأخذ به ، حين تقول : « فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات فى خيار العيب وخيار فروات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى ، لا على اعتبار أن الذى ينتقل إلى الورثة هو حق من الحقوق ، بل على اعتبار أن المتقل إليهم عين التصقت بها حقوق . ففى خيار العيب وخيار فروات الوصف ، السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله . أما خيار الشفعة ، فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولاصقا بها ، بل هو راجع لمحض إرادة الشفيع إن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا فى معنى المال . وإذا كانت محكمة النقض قد أفرطت فى الاستناد إلى الفقه الإسلامى فى حكمها الأول ، فهى فى حكمها الثانى الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ قد فرطت فى الاستناد إلى هذا الفقه ، إذ تقول : « فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بآراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أو لا ينتقل » (٢) . وعند المحكمة أن « الاستشفاع . . توافرت فيه

(١) أنظر آنف ص ٤٦١ .

(٢) ووجه التفريط هنا أن محكمة النقض تكاد تعلن أنها لا تمتد بالفقه الإسلامى فى مسألة من مسائل الشفعة ، تضاربت فيها النصوص فى المشروع التمهيدى والمشروع النهائى لموضوع الشفعة ، واختلفت فيها المحاكم اختلافا بينا ، وزخرت مذاهب الفقه الإسلامى فيما أوردته من أقوال فى شأنها . وليس ثمة شك فى أن الفقه الإسلامى هو المصدر الذى استقى منه المشرع المصرى نصوص الشفعة ، فوجب الرجوع إليه فى تفسير ما غض من هذه النصوص وفى استكمالها

عناصر المالية . . . وجب اعتباره مالا . . . وتستدل على ذلك بأحكام القانون الوضعي ، الذي جعل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير ، وجعل أن كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيع . . . وتستخلص محكمة النقض من ذلك أنه لا يمكن القول : بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيع ولا تعلق له بالمال . . . ولا توجد علاقة ظاهرة بين ما تقدمت به المحكمة من أدلة وبين ما انتهت إليه من نتيجة . ثم إنه لا يوجد تعارض بين أن تكون الشفعة حقاً متصلاً بشخص الشفيع وأن تكون متعلقة بالمال ، فكثير من الحقوق التي تتصل بشخص الدائن يمكن أن تتعلق بالمال ، كحق النفقة وحق التعويض عن الضرر الأدبي . وأخيراً يؤخذ على قول محكمة النقض إن الاستشفاع وهو الحق في الأخذ بالشفعة يجب اعتباره مالا ، أن الفرق بين الاستشفاع والمال هو الفرق بين السبب والمسبب ، فالاستشفاع إنما هو سبب لكسب المال وليس بمال . ومن أجل ذلك لا ينتقل الاستشفاع ، كما ينتقل المال ، إلى الوارث ، لأنه سبب متروك إلى إرادة الشفيع ومتصل بشخصه .

حما نقص منها . هذا إلى أن المادة الأولى من التقنين المدني ، عندما تعدد مصادر القانون التي تستق منها الأحكام مباشرة ، تذكر بعد النصوص التشريعية والعرف مبادئ الشريعة الإسلامية . فبادئ الفقه الإسلامي أصبحت ، بموجب هذا النص ، من بين المصادر التي يستق منها مباشرة القانون الوضعي . وليس أولى من نظام الشفعة ، بين النظم القانونية التي اشتمل عليها التقنين المدني ، بالرجوع فيه إلى مبادئ الفقه الإسلامي . ولا فتقيد في الرجوع إلى هذه المبادئ بمذهب دون مذهب ، بل نختار من مذاهب الفقه الإسلامي ومن أقوالها ما هو أكثر ملاءمة لحاجات العصر ، وأشد انسجاماً مع المبادئ العامة التي تسود التقنين المدني .

ويلاحظ مع ذلك أن التكييف القانوني للتصرف تتبع فيه مبادئ القانون المدني دون مبادئ الفقه الإسلامي . مثل ذلك أن الشفعة لا تجوز إلا في بيع العقار . فتكييف التصرف بأنه بيع تتبع فيه مبادئ القانون المدني ولو خالفت مبادئ الفقه الإسلامي ، فلا تدرج المفاضة ضمن البيع تبعاً لمبادئ القانون المدني وإن كانت تدرج تبعاً لمبادئ الفقه الإسلامي . وكذلك تكييف المال بأنه عقار تتبع فيه مبادئ القانون المدني ولو خالفت مبادئ الفقه الإسلامي ، فالبناء يعتبر عقاراً ولو أنه في بعض المذاهب الإسلامية يعتبر منقولاً . ثم إن تكييف البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو صحيح ، أو أنه معلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ ونحو ذلك ، تتبع فيه مبادئ القانون المدني ، دون مبادئ الفقه الإسلامي . من تقسيم البيع إلى باطل وقاسد وموقوف وقافذ ولازم .

١٦٤ - التشريعات المتعاقبة في الشفعة - أنصار الشفعة ومقصودها -

التفصيل في حق الشفعة في التقنين المرئي الجبرير : كانت أحكام الفقه الإسلامي في الشفعة هي المعمول بها قبل صدور التقنين المدني المختلط ثم التقنين المدني الوطني السابق . ولما صدر هذان التقنينان اشتمل كل منهما على نصوص في الشفعة هي تقنين لأحكام الفقه الإسلامي . صدر التقنين المدني المختلط أولاً ، فاشتمل على المواد ٩٣ - ١٠١ والمادتين ٥٦٢ - ٥٦٣ تقرر حق الشفعة وتنظم هذا الحق . فجعلت الشفعة في العقار (م ٩٣ - ١٠١) ، وكذلك في المنقول حيث أضيفت الشفعة إلى حق الاسترداد (م ٥٦٢ - ٥٦٣) . كما جعلت « لمن أعار أرضه لإنسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة ، إذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية » (م ٩٣) ، فيشفع صاحب الأرض في البناء أو الغرس إذا باعه صاحبه . ثم جعلت الشفعة للشريك في العقار الشائع ، ثم للجار . « وفي كل الأحوال يجب على من له حق الشفعة أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في العقار المبيع في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت التكليف الرسمي الحاصل له بابتداء رغبته ، ويزاد عليها مسافة الطريق ، وإلا سقط حقه » (م ١٠١) . ثم صدر التقنين المدني الوطني ، فاشتمل على المواد ٦٨ - ٧٥ تقرر حق الشفعة في العقار ، أما حق استرداد الحصة الشائعة فقد جعل في العقار والمنقول (م ٤٦٢) . وأحكام الشفعة في التقنين المدني الوطني تماثل ، فيما عدا فروقا قليلة ، أحكام الشفعة في التقنين المدني المختلط . ومن هذه الفروق ما نصت عليه المادة ٧٥ من التقنين المدني الوطني من أنه « يجب على من له حق الشفعة ، ويرغب الأخذ بها ، أن يبين رغبته في ذلك بتقرير يقدمه لقلم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها العقار ، في ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكليفه رسمياً بمعرفة المشتري بابتداء رغبته ، وإلا سقط حقه ، ويزاد على هذا الميعاد مسافة الطريق » .

وقد أظهر العمل أن هذه النصوص ليست وافية ، واستدعى انتضاها بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ، فأدى ذلك إلى تناقض الأحكام . فصدر قانون خاص بالشفعة ، هو الأمر العالي الصادر في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة إلى القضاء المختلط ، والأمر العالي الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١

بالنسبة إلى القضاء الوطني ، وبذلك انفصل قانون الشفعة عن التقنين المدني ، وألغى هذا القانون النصوص السابق الإشارة إليها في التقنين المدني . وهذا هو قانون الشفعة السابق ، الذي استمدت منه نصوص الشفعة في التقنين المدني الجديد ، بعد أن أعيدت هذه النصوص إلى مكانها الطبيعي في التقنين المدني . وقد جعل قانون الشفعة السابق الشفعة في العقار للشريك في العقار الشائع أولا ، ثم للجار المالك في أحوال معينة . واعتبر شريكا في العقار المرفوع فيه من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه ، وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه . ويستلحق حتى الشفعة إذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بها في ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بأبداء رغبته ، ويجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا . وترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري ، والحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة ينشر سند الملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها . ويحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ، فإذا ظهر أن العقار المرفوع فيه مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع ، ولكن ليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع . وقد كان قانون الشفعة السابق أو في كثير مما سبقه من النصوص التي وردت في التقنين الوطني والمختلط ، وعالج كثيرا من وجوه النقض في هذه النصوص .

وعند إعداد المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ، لم يعدل المشروع في النصوص التي كانت لجنة الأستاذ كامل صدقي قد وضعتها في شأن الشفعة مستمدة إياها من قانون الشفعة السابق كما قدمنا ، بل بقيت هذه النصوص كما هي مع تعديل طفيف في ترتيبها وفي بعض أحكامها . وقد استقر رأي هذه اللجنة ، بعد مناقشات طويلة (١) ، على إبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية .

(١) أنظر هذه المناقشات في محضر جلسة ١٤ مايو سنة ١٩٣٧ للجنة الأستاذ كامل صدقي . وقد انقسم الأعضاء في الرأي ، فبعض رأى الإبقاء على الشفعة بالنسبة إلى الشريك في الملك وإنهاءها بالنسبة إلى الجار ، وبعض رأى الإبقاء على الشفعة كلما كان من شأنها جميع عناصر الملكية في يد واحدة بعد تشيئها وتجزئتها والاعتراف بحق الشفعة لجار في حالة وجود حق .

وقد كان للشفعة خصوم يرون وجوب إلغائها لأنها قيد خطير يرد على حرية التعاقد ، ولم يعد لها ما يسوغها ، ونخاصة الشفعة بسبب الحوار . غير أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد استبقى الشفعة كاملة بما فى ذلك الشفعة بسبب الحوار ، لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد ، هذا إلى ما للشفعة من فائدة فى جمع ماتفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة (١) . وعند نظر المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، حذفت هذه اللجنة الشفعة بسبب الحوار ، إذ هى موضع خلاف بين مذاهب الفقه الإسلامى ، ولا يقول بها إلا المذهب الحنفى مع تقييدها بشروط معينة . وعلى ذلك قدم المشروع النهائى لنصوص الشفعة إلى مجلس النواب خالية من "الشفعة بسبب الحوار" . فاحتدمت المناقشة فى هذا المجلس ، بين مؤيدين لإلغاء شفعة الحوار ومنادين بوجوب إرجاعها . وانتصر أخيرا رأى القائل بوجوب إرجاعها ، وأقر مجلس النواب نصوص الشفعة بعد أن أعاد إليها النص الخاص بالشفعة بسبب الحوار (٢) .

= ارتفاع على الأقل . وأشار بعض الأعضاء إلى الأضرار الملازمة لنظام الشفعة من مساومات تجرى بين بعض الجيران يمكن وصفها بأنها مساومات استغلالية ، ومن أن الشفعة من الوجهة الاقتصادية سبب من أسباب تخفيض قيمة الملك ، ومن حالة عدم الاستقرار التى يستهدفها الملاك فى أثناء قيام النزاع على الشفعة الذى قد يطول أمره بضع سنين . وقال بعض الأعضاء إنه حتى لا يبقى مصير الملك معلقا أو مشكوكا فيه أمدا طويلا يجب تفسير المواعيد الخاصة باستعمال حق الشفعة ، والتوسع فى حالات سقوط هذا الحق . وتأسيسا على ذلك رأى بعض الأعضاء التسليم بمجواز النزول مقدما عن حق الشفعة قبل ثبوته ، وإلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة وإلا سقط حقه فيه ، والتضييق فى حالات التزام بين الشفعاء ، ومنع الشفيع من الرجوع فى الشفعة تمسقا بعد استعمال حقه فيها . وقد وافقت اللجنة أخيرا ، بأغلبية الآراء ، على استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى كل من الشريك فى الملك وماك الرقبة وصاحب حق الانتفاع ، وكذلك بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق ارتفاق - أنظر فى هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ فى المالح .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٣ .

(٢) كانت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، بعد أن تلقت المشروع النهائى للتقنين المدنى الجديد خلوا من الشفعة بسبب الحوار ، قد أضافت نصا يجعل حق الأخذ بالشفعة «لجار المالك فى الأراضى الزراعية ، إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاق ، وكانت قيمة أرضه تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها» . ولما عرضت نصوص الشفعة على مجلس النواب ، استحدثت المناقشة فى الشفعة بسبب الحوار =

وفى لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أحد الأعضاء إلغاء شفعة الحوار « وعدم

وافتح المناقشة أحد الأعضاء مطالب بإعادة الشفعة بسبب الحوار كما كانت فى قانون الشفعة السابق ، وقال فى هذا الصدد : « نحن بلد شرقى له عاداته وتقاليده ، وكنت أظن أن الحكومة ستعمل فى مشروعاتها الجديده على رفع القيود الواردة فى القانون الحالى ، فتوسع نطاق حق الشفعة لا أن تضيقه ، حتى يصبح من حق الجار أن يشتري العقار بطريق الشفعة إما دفعا لضرر كما قلت ، وإما لتمكين الجار من شراء الأراضى المتنازعة فى أرضه ، فيتحقق ما نصبو إليه من استواء الأراضى وحسن تقسيمها » . فرد أحد الأعضاء قائلا : « الواقع أن حق الشفعة بالنسبة للجار فى الشريعة من المسائل الخلافية التى فيها رأيان ، رأى راجع ورأى مرجوح . فأما رأى المرجوح فهو رأى الإمام أبى حنيفة الذى يرى وحده دون الأئمة الثلاثة جواز الشفعة للجار... أما باقى الأئمة فهم لا يميزون هذا النوع من الشفعة... بل رأوا أن المصلحة فى أن يكون كل من للمالكين حراً فى أن يبيع لمن يشاء لجار أولئيره... هذا فيما يتعلق بالشريعة . أما فيما يتعلق بالموضوع فلست أدري ما هى العلة التى تمنعنا على أن نبيع ما يراه زميل المحترم . ولكى أزيد المسألة وضوحاً أضرب لكم مثلاً... جهوا أن... يملك فى أسيوط ٩٩٩ فداناً وأملك أنا بجواره فداناً واحداً... وأردت أن أرسل من أسيوط إلى القاهرة . ولكن لى... قريباً يملك فداناً واحداً كذلك ، ولو حفظه لم يكن فداناً ملاصقاً لفدانى . فلما عزم أن أبيع له فدانى ، جاء... وقال إن فدانك ملاصق لأرضى وأريد أن امتلكه حتى يصبح عندى ألف فدان (أى رقم دائرى) . فريد أن يجبرنى محتجاً بالشفعة على أن يأخذ منى هذا الفدان دون أخى أو قريبى » . وأضاف أحد الأعضاء قائلا : « أخيف إلى مقالته زميل أنه أكثر الذين تناولوا مواد الشفعة من رجال القانون يعتبرون أنها حق مكروه كالطلاق . أما سوء الحوار الذى يقول به زميل... فقد انتهى أمره ، لأن الناس كانوا قلة فى الماضى ، وكان يمكن أن يؤذى الجار جاره . أما فى الوقت الحاضر فقد زاد العمران وزاد عدد السكان ، وأصبح الإنسان لا يعرف جاره » . ثم عارض أحد الأعضاء قائلا : « إن حق الشفعة كان معروفاً فى مصر من زمن بعيد ، وأريد تقييده ، فصدر قانون بذلك سنة ١٩٠١ اشترط لثبوت حق الشفعة الحوار من حدين ، ومنعها فى البيع للأخ أو الأب أو الابن أو القريب من الدرجة الثانية أو الزوجين... أما القول اليوم بمنع الشفعة إطلاقاً على أساس القول بحرية التعاقد ، فكلام بعيد عن الحقيقة » . فرد أحد الأعضاء : « الواقع أن الجار القوي لا يشتري إلا بأبخس الأثمان ، وهذا هو الذى يلجئ الجار الضعيف تحت سيف التهديد بحق الشفعة من الجار القوي إلى الاحتيال على القانون برفع الثمن . ومن ثم يأتى الجار القوي... ويطالب بحق الشفعة فتنشأ المنازعة وترفع القضايا... نحن الآن أمام مشكلة الملكيات الكبيرة ونريد أن نقضى عليها قضاء مبرماً ، لأن عهد العبودية والاستعباد الأرضى يجب أن يزول » . فعاود العضو المعارض معارضة قائلا : « تسألت عن الحكمة التى حدثت بالحكومة واللجنة إلى هذا التقييد ، وطالبت بإيضاح المبرر له ، فتكلم... وتحدث عن الملكية الكبيرة وأن الشفعة تحد من هذه الملكية . لا يأسى لم يقل أحد بذلك . فنحن بصدد تشريع عام لا تشريع يتعلق بالملكية الكبيرة أو الصغيرة... إذا أردتم تعديلاً فى التشريع فبينوا السبب الذى يبرر هذا التشريع ، وإذا أردتم الحد من الملكية الكبيرة فحدوا منها ما شئتم... حدوا من الرأسمالية وحاربوها ، لئلا الله عليها وعلى من يحبها ، إنما نحن بصدد تشريع ، والتشريع لا بد له من مبرر ، والحكومة ومن تكلموا لم يذكروا أى مبرر يصح أن يتخذ صيماً لهذا التعديل... »

الأخذ بتعديل مجلس النواب ، خصوصا وأن الحوار أصبح لا يعتد به الآن ، وقد لا يعرف الجار جاره ، وأن التوسع في الأخذ بالشفعة ينافي الشعور السائد في منع تكتل الملكية » . ولكن اللجنة ، بأغلبية الآراء ، أقرت شفعة الحوار ، ووافقت على المشروع بالتعديل الذي أدخله مجلس النواب (١) . وعلى ذلك أقر المشروع في مجلس الشيوخ على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، شاملا لشفعة الحوار ، ومستحدثا في قانون الشفعة السابق لبعض أحكام تفصيلية سنعرض لها في مواضعها .

ومهما يكن من أمر استبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية ، ومن أمر الاحتفاظ فيها بشفعة الحوار ، فقد شاعت في نصوص التقنين المدني الجديد في الشفعة روح للتضييق من هذا الحق . وتظهر هذه الروح جلية في تعديلات استحدثتها التقنين المدني الجديد ، نذكر منها ما يأتي :

١ - أهم تعديل استحدثته التقنين المدني الجديد ، للتضييق من حق الأخذ بالشفعة ، هو التعديل القاضي بوجوب إيداع الشفيع خزانة المحكمة « كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة » (م ٢/٩٤٢ مدني) . ولم يكن قانون الشفعة السابق يوجب هذا الإيداع ، بل كان يقتصر على النص على أن يكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة « مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب » فعما قانونا « (م ١/١٤ من قانون الشفعة السابق) . فلم يكن عرض الثمن عرضا حقيقيا محتملا ، بله الإيداع في خزانة المحكمة ، بل كان يكفي أن يبدى الشفيع استعداداه لدفع الثمن وملحقاته في صحيفة دعوى الشفعة . فوضع التقنين المدني الجديد ، بإجابه إيداع الثمن خزانة المحكمة ، حدا لدعوى الشفعة غير الحدية التي يقصد بها في الغالب فتح المجال للمضاربة عن طريق تهديد المشتري حتى يضطر إلى مساومة الشفيع على ترك دعوى الشفعة لقاء مبلغ من المال . لا سيما إذا لوحظ

= وانتهت المناقشة بأن وافق مجلس النواب على اقتراح قدمه أحد الأعضاء يقضى بإعادة الشفعة بسبب الحوار كما كانت عليه في قانون الشفعة السابق - أنظر في هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٣ - ص ٣٨٤ في الهامش .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٤ - ص ٣٨٥ .

أن الشفيع لم يكن ملزماً في قانون الشفعة السابق ، كما هو ملزم في التقنين المدني الجديد (م ٩٤٣ مدني) ، بقيد الدعوى في ميعاد معين . فكان يكتفى بإعلان صحيفتها دون أن يقيد بها ، ثم يفتح الباب لمساومة المشتري . وهكذا ضيق التقنين المدني الجديد بهذا الحكم أشد التضييق من حق الشفعة ، إذ أصبح واجباً على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة كل الثمن قبل رفع دعوى الشفعة ، وليس هذا بالأمر اليسير في كثير من الأحوال .

٢ - أجاز التقنين المدني الجديد نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ١٩٤٨ مدني) ، فهد بذلك السبيل للمشتري في أن يحصل على نزول الشفيع عن الشفعة مقدماً قبل أن يقدم على الشراء ، وذلك حتى يطمئن إلى مصير الصفقة ، وقد سبق بيان ذلك (١) . أما قانون الشفعة السابق ، فعبارته الواردة في المادة ١٩ (أولاً) منه تفيد أنه لا يجوز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، وإن كانت محكمة النقض قد قضت ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأن النزول عن الشفعة جائز حتى قبل البيع (٢) .

٣ - منع التقنين المدني الجديد الأخذ بالشفعة « إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » (م ٩٣٦ ب مدني) . أما قانون الشفعة السابق ، فقد كان ينص في المادة ٣ منه على أنه « . . . لا شفعة فيما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة » . ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد قد توسع في منع الأخذ بالشفعة ، فضيّق من هذا الحق ، بأن منعه في البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ولم يقتصر على الدرجة الثالثة التي اقتصر عليها قانون الشفعة السابق ، ومنعه في البيع ما بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ولم يكن قانون الشفعة السابق يمنع في البيع ما بين الأصهار أصلاً .

٤ - أسقط التقنين المدني الجديد الحق في الأخذ بالشفعة « إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » (م ٩٤٨ ب مدني) ، في حين أن

(١) انظر آنفاً ص ٥٣ وما بعدها .

(٢) نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ -

ونظر آنفاً ص ٥٥ : ما مش ١

قانون الشفعة السابق في المادة ٢٢ منه كان لا يسقط الشفعة إلا « بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » .

٥ - نص التقنين المدني الجديد صراحة على أنه إذا توافرت في المشتري الشروط التي كانت تجعله شفعيا ، « فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته » (م ٩٣٧ / ٣ مدني) . وقد كانت محكمة النقض ، بالتطبيق لأحكام القانون الشفعة السابق ، لا تفضل المشتري الشفع على شفع من طبقته ، فكانت تفتح بابا للأخذ بالشفعة أغلقه التقنين المدني الجديد بالنص صالف الذكر ، وستعرض لهذه المسألة في موضعها .

هذا إلى أن تكييف التقنين المدني الجديد الشفعة تكييفاً قانونياً صحيحاً ، وتصريحه في المادة ٩٣٥ مدني بأن « الشفعة رخصة » ، - أعد على ترجيح الرأي القائل بأن الشفعة لا تنتقل بالمراث ، إذ أن أرخص لا تورث على التفصيل الذي سبق أن بسطناه (١) . وفي عدم انتقال الشفعة بالمراث تضيق في الأخذ بها ، ما دامت ورثة الشفع لا يجوز لهم الأخذ بالشفعة (٢) .

وبالرغم من هذا التضيق في الأخذ بالشفعة ، فإن التقنين المدني الجديد لا يزال يعتبر الجوار في حالات معينة سبباً من أسباب الأخذ بها . وإذا كان من المستساغ أن يثبت للشريك في الشيوع حق الأخذ بالشفعة تفادياً من دخول أجنبي بين الشركاء ، وكان من المستساغ أيضاً أن يثبت لصاحب الرقبة

(١) أنظر آنفاً ص ٤٥٨ وما بعدها .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد التضيق في المشروع من حق الأخذ بالشفعة : « عل أن المشروع كان قد انتهى إلى استبقاء الشفعة ، فقد عمل من ناحية أخرى على التضيق في الأخذ بها ، إذ هي قيد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه . ضيق المشروع في الشفعة من ناحية الموضوع ، ومن ناحية الإجراءات . فأورد في الموضوع ثلاثة أحكام تنقيح منها ، إذ جعل قرابة الحواشي المانعة من الأخذ بها تمتد إلى الدرجة الرابعة ، وأجاز أن يتنازل الشفع عن الشفعة قبل البيع . وأنقص المدة التي تسقط - في الأخذ بالشفعة - إلى ثلاثة أشهر (أصبحت أربعة أشهر) من يوم تسجيل البيع . وعالج (المشروع) من ناحية الإجراءات مسألة هامة بروح التضيق في الأخذ بالشفعة ، فأوجب على الشفع أن يودع الخزينة مبلغاً يساوي الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . وقد عادت الشفعة في المشروع إلى مكانها في التقنين المدني ، بعد أن انفصلت عنه منذ صدور القانون الحال (السابق) الخاص بالشفعة في سنتي ١٩٠٠ و ١٩٠١ » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٣٤٤) .

أو لصاحب حق الانتفاع أو للمحكر أو للمستحكر أن يأخذ بالشفعة جمعا لما تفرق من شتات الملكية ، فليس من المستساغ بعد أن استدار الزمن أن يبقى للجار حق الأخذ بالشفعة . فالشفعة قيد خطير على حرية التعاقد ، وعامل من عوامل عدم الاستقرار في المعاملات العقارية ، ولا يبررها إلا اعتبار أشد خطرا منها . والجوار قد أصبح في الوقت الحاضر ليس بذى خطر كما كان في الماضي ، فلم يعد يصلح مبررا للأخذ بالشفعة . بل إن الجوار ، حتى في الماضي ، لم يكن سببا من أسباب الأخذ بالشفعة في أكثر مذاهب الفقه الإسلامي . فاذا أضيف إلى ذلك أنه كثيرا ما يتخذ ذريعة لتكتيل الملكية العقارية والتوسع في تملك الأراضي والمباني المجاورة على حساب صغار الملاك وذوى الحاجة منهم ، تبين أنه كان من الصواب الوقوف عند المشروع النهائي للتقنين المدني الجديد الذى أقرته لجنة المراجعة ، وقد حذف فيه الجوار سببا للأخذ بالشفعة على النحو الذى ذكرناه فيما تقدم .

وبعد هذه النظرة التمهيدية في الشفعة ، نتناول أحكامها في مباحث ثلاثة :
 (١) شروط الأخذ بالشفعة . (٢) كيفية الأخذ بالشفعة . (٣) آثار الأخذ بالشفعة .

المبحث الأول

شروط الأخذ بالشفعة

١٦٥ - **مقدمة شروط الأخذ بالشفعة** : تلخص هذه الشروط في

أمرين : (١) بيع عقار . (٢) وجود شفيع .

المطلب الأول

بيع عقار

١٦٦ - **مسألته** : نعرض هنا لمسألتين : (١) بيع العقار الأصل فيه

جواز الأخذ بالشفعة . (٢) ومع ذلك هناك بيوع عقارية لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة .

§ ١ - بيع العقار الأصل فيه جواز التفرع بالشفعة

١٦٧ - ما يشتمل عليه بيع العقار من مسائل : إذا بيع عقار ، انفتح باب الشفعة . والأصل جواز أن يؤخذ هذا العقار بالشفعة . إذا وجد شفيع وتوافرت سائر شروط الشفعة . والمفروض أن يكون هناك عقار ، وقد ورد عليه عقد البيع .

فالشفعة لا تكون إلا في العقار . أما المنقول فيرد عليه حق الاسترداد دون حق الشفعة . ثم إن الشفعة غير قابلة للتجزئة . فلا تجوز تجزئة العقار أو العقارات المبعة عند الأخذ بالشفعة ، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة .

ثم يجب أن يرد على العقار عقد البيع ، فهذا العقد هو التصرف الوحيد الذي يجوز فيه الأخذ بالشفعة ، وأى عقد آخر ولو كان ناقلاً للملكية لا يجوز فيه الشفعة . ولا يشترط في البيع ، حتى يصح الأخذ بالشفعة ، أن يكون مسجلاً . وقد تنوّال البيوع على العقار الواحد . فيثار التساؤل في أيها يجوز الأخذ بالشفعة .

فهذه جملة من المسائل . نستعرضها متعاقبة على الترتيب الآتي : (١) لاشفعة في المنقول . (٢) الشفعة غير قابلة للتجزئة . (٣) لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع . (٤) جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . (٥) الأخذ بالشفعة عند تنوّال البيوع .

١٦٨ - لا شفعة في المنقول : الشفعة لا تكون إلا في العقار . ولا شفعة في المنقول . وإنما يرد على المنقول حق الاسترداد ، لا حق الشفعة . وقد سبق أن بسطنا القول في حق الاسترداد في الجزء الثامن من الوسيط عند الكلام في الملكية الشائعة ، وبيننا أن حق الاسترداد يثبت في المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة في هذا المنقول لأجنبي بطريق الممارسة . ولحق الاسترداد قواعده ومواعيده وإجراءات تختلف عن قواعد الشفعة ومواعيدها وإجراءاتها . وهذا الحق مستمد من القانون الفرنسي في حين أن الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي . على أن طبيعة حق الاسترداد هي نفس طبيعة حق الشفعة ، وليست الشفعة إلا حق استرداد يثبت في العقار في أحوال خاصة وبشروط (٢١)

معينة أما شروط حق الاسترداد فهي تنحصر ، على ما سبق أن بينا (١) ، في أن يصدر بيع من أحد الشركاء في مجموع من المال أو في منقول معين بالذات ، وأن يرد هذا البيع على حصة شائعة . وأن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء ، وأن يكون المسترد هو أحد الشركاء (م ٨٣٣ مدني) . ويجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ، وإجراءات الاسترداد ليست من التعقيد بالقدر الذي عليه إجراءات الشفعة ، وهي إجراءات تتلاءم مع طبيعة المنقول .

وعلى ذلك لا ترد الشفعة في بيع حصة شائعة في السفينة ، لأن السفينة منقول ، والذي يرد هو حق الاسترداد (٢) . كذلك لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المال ، كبيع بناء للهدم أو غراس للقلع ، فلا يشفع في هذا البناء أو الغراس شريك أو جار . أما بيع البناء على سبيل القرار ولكن استقلالاً عن الأرض . كبيع المحتكر للبناء الذي أقامه على الأرض المحكرة أو بيع صاحب الطابق الأعلى من منزل لا يملك طابقه الأسفل ، فهو بيع عقار لا بيع منقول . ومن ثم يجوز للشريك المشتاع وللجار الملاصق للبناء المبيع أخذ هذا البناء بالشفعة ، إذا توافرت فيه سائر الشروط (٣) .

والعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد على خدمة العقار أو استغلاله ، فإذا بيع مستقلاً عن العقار الذي رصد لخدمته أو استغلاله فالبيع بيع منقول . ولا يجوز الأخذ فيه بالشفعة . أما إذا بيع مع هذا العقار ، فإنه يجوز أخذه بالشفعة تبعاً للعقار . وعلى ذلك إذا بيعت مزرعة بما فيها من

(١) الوسيط ٨ فقرة ٥١٦ .

(٢) وعند مالك ، دون المذاهب الأخرى ، تجوز الشفعة في السفينة لأنها أعدت كالعقار لتكون سكناً .

(٣) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢١٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٤ ص ٤٤١ - وعند الحنفية بيع البناء أو الشجر استقلالاً عن الأرض هو بيع منقول ، أما إذا بيع مع الأرض فيجوز أخذه بالشفعة تبعاً للأرض . وقد جاء في المادة ٢٠٩ من مرشد الخيران في هذا الصدد : « لاشفعة في البناء والشجر المبيع قصداً بكون الأرض القائم عليها ، فإذا بيع البناء تبعاً للأرض ثبتت فيه الشفعة » . أما المالكية فيعتبرون البناء عقاراً ، فنثبت فيه الشفعة حتى لو بيع استقلالاً عن الأرض .

مواش وآلات رى ونحوها مما يعد عقارا بالتخصيص ، فان الشفعة تثبت في المزرعة وما تشتمل عليها من المواشى وآلات الرى وغيرها من العقارات بالتخصيص . أما إذا فصلت المواشى أو آلات الرى عن الأرض وبيعت مستقلة ، فان الشفعة لا تثبت إذ البيع يكون في هذه الحالة بيع منقول (١) .

١٦٩ - الشفعة غير قابلة للتجزئة : معنى أن الشفعة غير قابلة للتجزئة أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة . في صفقة واحدة ، بعض المبيع دون بعض ، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٥ مدنى ينص على هذا الحكم صراحة ، إذ كان هذا النص يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة . وإنما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ في استعماله » . واجتازت هذه الفقرة المراحل التشريعية حتى وصلت إلى لجنة مجلس الشيوخ . بعد أن عدلت في لجنة المراجعة بما يجعل الشفعة لا تنتقل بالميراث على ما مر بيانه (٢) . ودار نقاش في لجنة مجلس الشيوخ حول توريث حق الشفعة وتجزئته ، ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة كلها من المشروع « وترك حكمها لاجتهاد القضاء » (٣) . والقضاء مضطرد على عدم جواز تجزئة الشفعة ، وهذا هو الحكم أيضا في الفقه الإسلامى (٤) .

وتأصيل المسألة أنه إذا تعددت الصفقة ، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة

(١) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٧٥ ص ٣٧٠ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٦ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٩ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٠ ص ٤٦٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٢ - حسن كيرة ص ١٢ .

(٢) أنظر آنفا ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٦ .

(٤) وقد قضت المادة ١١٣٥ مدنى عراقى على أن « الشفعة لا تقبل التجزئة ، فليس للشفيع أن يضرب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بغيره . لكن إذا تعدد المشترى واتحد البائع ، فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعا ويترك الباقي » . ونصت المادة ٢٤٥ من قانون الملكية العقارية الليبى (الممدلة بقانون د شباط سنة ١٩٤٨) على أن « حق الشفعة لا يتجزأ . فلا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا بكامله . فإذا تعدد شفعاء المتساوون في القصة ، وأسقط أحدهم أو بعضهم حقه في الشفعة ، وجب على الباقيين طب الشفعة أو إسقاطها بكاملها . أما إذا تعدد المشترى للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم فقط » .

في بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه ، ولا يكون هذا ~~مقتضى~~ للشفعة (١) . فإذا باع المالك عقاراً واحداً لمشتريين متعددين في صفقات متعددة ، بأن اشترى كل من المشتريين جزءاً مفرزاً من العقار بشمن مسمى ، ولو انتظم عقد واحد كل هذه الصفقات ، وكان للعقار جار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، كان لهذا الجار أن يأخذ بالشفعة في جميع الصفقات فيستولي على كل العقار ، وكان له أيضاً أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض إذ هو لم يفرق الصفقات فقد كانت مفرقة من الأصل (٢) . وكذلك إذا باع المالك عقارات متعددة ولو لمشتري

- (١) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣١ ص ٥٤٤ .
- (٢) فإذا طلب الشفع جزءاً مفرزاً من هذه الأجزاء ، وجب أن تتوافر في هذا الجزء شروط الأخذ بالشفعة ، بأن يكون مثلاً ملاصقاً للأرض المشفوع بها من حدين وتكون قيمة الأرض المشفوع بها لا تقل عن نصف قيمة هذا الجزء . ويستطيع الشفع بعد ذلك أن يشفع في أى جزء مفرز آخر من العقار إذا كان متصلاً بالجزء المفرز الذي شفع فيه أولاً ، حتى لو لم تتوافر شروط الشفعة في هذا الجزء الآخر بأن يكون مثلاً غير ملاصق للأرض المشفوع بها إلا من حد واحد أو غير ملاصق لها أصلاً . ولكن لا يستطيع أن يشفع في جزء مفرز لا تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة ، إذا كان هذا الجزء غير متصل بجزء تتوافر فيه هذه الشروط ويكون الشفع قد أخذه بالشفعة . وقد قضى في هذا المعنى بأنه إذا كان سبب الأخذ بالشفعة الجوار من جهتين ، وجب أن يكون كذلك بالنسبة إلى الحصص التي يطلب أخذها بالشفعة في مجموعها . فلا يصح له مثلاً أن يأخذ الحصة البعيدة عنه التي لا يكون له بها اتصال أو التي لا يكون له بها اتصال إلا من جهة واحدة ، دون أن يأخذ الحصة المتصلة بها والمجاورة للملكة من الجهتين . ولكن يكفي أن يطلب الحصة المجاورة له من الجهتين وما يتصل بها من الحصص الأخرى ، ولو كان بعض هذه الحصص غير متوافر فيه في ذاته شرط الجوار للملك الشفع من الجهتين . وذلك لأن إباحة أخذ العقار بتمامه بالشفعة أو بعض حصص منه تدل على أن الاعتبار في نظر القانون هو كلية العقار أو كلية مجموعة الحصص المطلوب أخذها منه ، بحيث أن هذه المجموعة المتصلة أجزاؤها بعضها ببعض تعتبر كلاً واحداً متى تحقق الجوار من جهتين في بعضه سرى ذلك إلى باقيه . والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة . وهي أنه في مثل هذه الحالة يكون للشفع أن يأخذ العقار بتمامه ولكنه لا يستطيع أن يأخذ من الحصص إلا كل حصة تكون بذاتها مجاورة له من الجهتين . وقد لاحظ المقتضى في ذلك أن العقار كل قد يتضرر الشفع من جميع من ينتقل إليهم بالبيع بنقص مفروزة لكل منهم أو من بعضهم ، فأباح له أن يأخذ الكل بالشفعة ، أو أن يأخذ البعض بقدر ما يرى فيه إبعاد الضرر عنه . وقد يكون ذلك متحققاً في عدد من جيرانه الجديدين ، فإن اضطرر لأخذ الشفعة من بعضهم دون بعض فانه يبقى جاراً ملاصقاً أيضاً لهذا البعض الباقي فلا يدفع عن نفسه أذى جواره . لذلك جيل له القانون الحق في أن يأخذ بالشفعة من الحصص بقدر ما يشاء ، تحت شرط أن يكون سبب الأخذ بالشفعة متوافراً في بعضها ويكون باقيها متصلاً بها (ملطأ الكلية ١٣ يونيو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٢ ص ٥١) .

واحد ، في صفقات متفرقة ، كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة ، إذا توافرت شروطها ، في بعض الصفقات دون بعض . وليس في هذا تجزئة للشفعة ، فان الصفقات كانت من الأصل متفرقة (١) .

أما إذا كانت الصفقة واحدة ، فانه لا يجوز للشفيع أن يفرقها بأن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقة دون أن يأخذ الصفقة كاملة ، إذ أن ذلك يكون تجزئة للشفعة (٢) . ويمكن تصور وحدة الصفقة في فرضين : إذا باع المالك عقارا واحدا لمشتريين متعددين على الشيوع وهذا هو فرض تعدد المشتريين مع وحدة العقار المبيع (٣) ، وإذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقة واحدة وهذا هو فرض تعدد العقارات المباعة مع وحدة المشتري (٤) .

أ - في فرض تعدد المشتريين مع وحدة العقار المبيع ، إذا باع المالك عقارا واحدا لمشتريين متعددين على الشيوع ، لم تجز الشفعة إلا في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة ، وهذا بخلاف ما إذا كان كل من المشتريين قد اشترى

(١) وقد يكون المقار مقسوما بين الشريكين ، فيستقل كل منهما بنصيبه مفزاً وبيع الإثنان نصيبهما المفزتين في عقد واحد ، فلا يكون للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا بالنصيب المجاور ، وليس له أن يأخذ النصيبين معا بصفة عدم التجزئة . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا باع الشريكان عقاراً وكان قد قسم بينهما بمقتضى حكم قبل حصول البيع بصفة ، فعقد البيع يعتبر مشتملاً على بيع عقارين مستقلين لكل منهما مالك خاص . وعلى ذلك فليس للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة إلا في الجزء المجاور له ، ولا يحق له أن يأخذ بجميع المقار بصفة عدم التجزئة ، لأن هذه التجزئة موجودة فعلاً بسبب القسمة قبل البيع ، ولأن مبدأ عدم التجزئة إنما وضع لمصلحة المشتري وليس لمصلحة الشفيع (استئناف مصر ٤ يونيو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩) .

(٢) وإذا كان المقار المشفوع فيه أرضاً زراعية أقيم فيها بناء ، فليس للشفيع أن يقتصر في طلب الشفعة على الأرض دون البناء بدعوى أنه غير محتاج له ، كما أنه يتعين على الشفيع أن يشفع في الأرض بما تشتمل عليه من ملحقات إذا دخلت هذه الملحقات في عقد البيع (استئناف مخطط ٤ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩١ - ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤) .

(٣) أما إذا باع المالك عقاره لمشتري واحد ، فبدهى أن الشفيع لا يستطيع أن يجزئ الصفقة فيأخذ ببعض المقار دون أن يأخذ الباقي .

(٤) وهناك فرض ثالث هو أن يتعدد الشفعاء ، فيتعين على كل منهم أن يطلب الشفعة في كل المبيع حتى لا تتفرق الصفقة . وسنعرض لهذا الفرض عند الكلام في تمدد الشفعاء وتزاحمهم ، إذ هناك هو المكان الأنسب لمبحث .

جزءاً مفرزاً من العقار في صفقة مستقلة ولو في عقد واحد مع سائر المشترين ، فقد قدمنا أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة من بعض المشترين دون بعض . وقد كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق تنص صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . أما إذا عينت في العقد حصة كل منهم مفروزة ، كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه ، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة » . فالمناط في وحدة الصفقة وتعددتها يكون إذن ببيع العقار لمشتريين متعددين على الشيوع فتكون الصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها (١) ، أو ببيع العقار أجزاء مفروزة لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين فتكون الصفقة متعددة ويجوز الأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض . وإذا كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق لم تنقل إلى نصوص التثنية المدني الجديد ، فإنه يصح مع ذلك الأخذ بحكمها ، إذ هو حكم لا ينحرف عن المبادئ العامة ، فضلاً عن أنه كان مطبقاً منذ زمن طويل فاستقر في عرف التعامل (٢) . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لهذا الحكم ، بأن المادة ١١ من قانون الشفعة القديم تقضي بأنه إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . وهذا يقيد بداهة أن الشفيع إذا رغب في استعمال حقه في أخذ كل العقار المبيع بالشفعة ، وجب عليه أن يوجه الدعوى بها إلى

(١) ويشترط في ذلك بيع العقار بأكمله لمشتريين متعددين على الشيوع ، فإذا بيعت حصة شائعة من العقار لمشتريين متعددين على الشيوع ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١١ من قانون الشفعة ، وجاز للشفيع الأخذ بالشفعة في نصيب أحد هؤلاء المشترين دون أنصبة الباقين ، ولا يكون في هذا تفريق للصفقة لأنها مفرقة من الأصل . وقد قضت محكمة النقض في هذا المنسئ بأن مناط تطبيق المادة ١١ من قانون الشفعة أن يكون المبيع عقاراً بتمامه لعدة مشتريين ، فإذا كان المبيع جزءاً شائعاً في عقار لعدة مشتريين ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، ووجب الرجوع إلى القواعد العامة . وهي تجيز الشفعة في بيع كل حصة شائعة ، متى توافرت أسباب الشفعة فيها . فإذا كان الحكم قد أسقط حق الشفيع قبل أحد المشترين استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة ١١ سالفة الذكر مع أن المبيع كان جزءاً شائعاً فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٣ ص ١٤٤) .

(٢) أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢١٦ ص ٣٨٩ .

جميع المشترين حتى تتم عملية التحويل في مواجهة جميع أطرافها . ولا يعفيه من ذلك طعنه بصورية عقد أحد هؤلاء المشترين . بحجة أن إدخاله في عقد الشراء كان إجراءً صورياً قصد به إسقاط حقه في الشفعة (١) .

وإذا بيع عقار واحد لمشتريين متعددين على الشيوع . وكان أحد هؤلاء المشترين من أصول البائع أو من فروع أو من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة كما سيجيء . فإن الشفعة تبطل بالنسبة إلى سائر المشترين . ذلك بأن الشفع يتحتم عليه في هذه الحالة أن يشفع في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة كما قدمنا . وهو لا يستطيع أن يشفع في حصة المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة . وعلى ذلك لا يستطيع أن يشفع في العقار بتمامه ، فتسقط شفيعته بالنسبة إلى جميع المشترين (٢) . وذلك ما لم يطعن بالصورية في عقد المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة على اعتبار أنه قد أقحم بين المشترين بعقد صوري تخايلاً لمنع الأخذ بالشفعة ، فيجوز عندئذ إذا أثبت الشفع صورية هذا العقد أن يأخذ بالشفعة في كل العقار . ولكن يتعين عليه عند طلب الشفعة أن يوجه الطلب إلى المشتري الصوري ، وأن يدخله خصماً في دعوى الشفعة حتى يثبت في مواجهته صورية عقده ، وبهذا قضت محكمة النقض في الحكم الذي سبق ذكره (٣) . وقد يتحايل البائع لمنع الأخذ بالشفعة من طريق آخر ، فيكون قصده أن يبيع العقار كله لمشتري واحد أو لمشتريين متعددين على الشيوع ، ولكنه يعمد إلى فصل جزء صغير من هذا العقار هو الذي يلاصق العقار المشفوع به . فيبيعه مفرزاً يباع صورياً لشخص آخر ، حتى يفصل بذلك الجزء الأكبر من العقار المبيع عن العقار المشفوع به فيمنع الأخذ بالشفعة . فإذا أثبت الشفع ذلك ، كان له أن يأخذ كل العقار بالشفعة ، ويفوت على البائع غرضه غير المشروع (٤) .

(١) نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ .

(٢) سواهج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ اجازة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ - إنا

١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسية ٢٦ رقم ٩٢ ص ١٦٠ .

(٣) نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ .

وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٤) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٦٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة

٢١٦ ص ٣٩٠ - وسنعود إلى هذه المسألة (أنظر ما يلي فقرة ١٨٥) .

ب - وفي فرض تعدد العقارات المبيعة مع وحدة المشتري ، إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقة واحدة وبشمن واحد ، وجب التمييز بين حالتين : (١) أن تتوافر في هذه العقارات جميعا شروط الأخذ بالشفعة ، وفي هذه الحالة يجب على الشفيع أن يطلب أخذ العقارات جميعا بالشفعة لتوافر شروطها في كل العقارات ، ولأن الصفقة واحدة فلا يجوز تفريقها على المشتري. ومما يؤكد وحدة الصفقة أن تكون العقارات المتعددة متصلة بعضها ببعض (١)، أو إذا كانت منفصلة أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى بعض منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع (٢) . وإذا أراد الشفيع أن يقتصر في الأخذ بالشفعة على بعض

= وكما يتعدد المشترون على الشيوع ، قد يتعدد البائعون على الشيوع فيبيعون عقارا شائعا بينهم لمشتري واحد ، فتعتبر الصفقة في هذه الحالة صفقة واحدة ولا يجوز تفريقها . ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة حصة أحد البائعين الشائعين وحدها ، بل يجب أن يأخذ بالشفعة العقار بتمامه (استئناف مخطوط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٨٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا شمل البيع عقارات متعددة في ذات العقد ، وكانت منفصلة بعضها عن بعض جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيها أسبابها دون العقارات الأخرى التي لا يستشيع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة . أما إذا كانت العقارات المبيعة متصلة ، فيجب على الشفيع أن يأخذها بتمامها (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الأخذ بقاعدة عدم جواز تجزئة العقار المطلوب أخذه بالشفعة محله أن يكون المبيع عقارا واحداً أو عقارات متعددة متصلة أي متلاصقة ، أو منفصلة بشرط أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩ ص ٥٢ - الاسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ - استئناف مخطوط ٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٦) .

ومثل العقارات المنفصلة المخصصة لعمل واحد مبنى خصص ليكون مدرسة ، وعلى بعد منه قطعة أرض قضاء منفصلة عنه خصصت لتكون ساحة للألعاب الرياضية لتلاميذ هذه المدرسة . ومثل العقارات المنفصلة المخصصة لطريقة استغلال واحدة أراض زراعية منفصلة بعضها عن بعض ، ولكن خصصت كلها لزراعة القصب لتوريده إلى مصنع للسكر (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٩ ص ٢٣٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١١ ص ٤٦٠) . وعلى كل حال يجب ترك البت في أن الصفقة واحدة أو متعددة لتقدير قاضي الموضوع ، فيقتضي في ذلك بناء على أسباب سائفة ، مستهديا بالظروف الخاصة بكل صفقة وبما يحيطها من ملاسات .

العقارات دون بعض ، فلا بد أن يكون ذلك بموافقة المشتري ، فهو وحده الحكم فيها إذا كان تفريق الصفقة يضر به أو أنه يرضاه ليتمكن بذلك من أن يستبق بعض التغيرات لقيام مصلحة له في ذلك . (٢) أن تتوافر شروط الأخذ بالشفعة في بعض العقارات دون بعض آخر ، وفي هذه الحالة يبدأ الشفيع بأن يطلب الأخذ بالشفعة في العقار أو العقارات التي تتوافر فيها الشروط (١) . ولما كان قد حدد في الغالب ثمن واحد لجميع العقارات ، فإن قيمة العقارات التي يطلب الشفيع أخذها بالشفعة تقدر بواسطة خبير بنسبة من هذا الثمن الواحد تتفق مع مساحة هذه العقارات وصقعها بالنسبة إلى باقي العقارات (٢) . ولكن يجوز للمشتري ، إذا رأى أن تفريق الصفقة على هذا الوجه يضر به ، أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع بالشفعة كل العقارات ، ما توافرت فيه شروط الشفعة وما لم تتوافر ، وذلك حتى لا تتجزأ عليه الصفقة . وحينئذ يتعين على الشفيع أن يأخذ كل العقارات بالشفعة حتى ما لم تتوافر فيه الشروط ، أو أن يتركها جميعاً حتى ما توافرت فيه الشروط . وقد جرى القضاء على هذا المبدأ في أحكام متعددة (٣)

(١) نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ .

(٢) استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ رقم ٥ ص ٢٦ (إذا كانت الأرض المشفوع فيها قد بيعت صفقة واحدة مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان ، وعرض الشفيع نسبة من الثمن الإجمالي الوارد في عقد البيع ، وجب على المحكمة أن تعين خبيراً لتقدير قيمة القطعة المشفوع فيها ، وإذا رأت المحكمة لياقة العرض تعين عليها اعتبار حصة) - استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٢ - ٢١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٩ (إذا كان ثمن القطعة الخاصة بحق الشفعة قد زيد زيادة جسيمة وأنقص ثمن القطعة الأخرى غير الخاصة بحق الشفعة من غير أن يزداد ثمن البيع الإجمالي ، وذلك بقصد منع استعمال حق الشفعة ، فإن للقاضي أن يمين الثمن الحقيقي للقطعة الخاصة بحق الشفعة) - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٣ - ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٤ .

(٣) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - استئناف مصر ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠ (عدم جواز تجزئة الصفقة ليس معناه أن يكون للشفيع حق شفعة في جميع الصفقة بما فيها العقار الذي لا شفعة له فيه أصلاً ، وإنما معنى ذلك أن للمشفوع منه أن يلزم الشفيع بذلك إذا شاء . وإلا كان حق الشفيع مقصوراً على العقار الذي له حق الشفعة فيه وحده) - استئناف مصر ٤ يونيو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩ - طنطا الكلية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ - الاسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ - استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٦ .

على أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم : فقد كانت المادة ١٣٨٥ من هذا المشروع تنص على أنه :
 ١ - لا شفعة إن شمل البيع في نفس الوقت وبشمن واحد ، غير الحق الذى يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لا شفعة فيها . ٢ - إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون ويبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « هذا النص حل محل المادة ١١ من قانون الشفعة الحالى (السابق) . وهو يفرض أن المشتري قد اشترى : صفقة واحدة وبشمن واحد ، العقار الذى يمكن أخذه بالشفعة مع عقارات أخرى لا شفعة فيها . ففي هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة لا العقار الذى توافرت فيه شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة ، ولا العقارات جميعا لأن منها عقارات لا شفعة فيها . ويستدرك النص في حالتين : (١) إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون ويبيع الرقبة كلها ، فإن أحدا من المنتفعين لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها . ولكن يجوز للمنتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في الرقبة كلها ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع

= وإذا عرض المشتري أن يأخذ الشفيع بقية المقارات التى لم تتوافر فيها شروط الشفعة فأجابته الشفيع إلى ذلك ، كان أخذ الشفيع لهذه البقية صفقة مستقلة تقوم على التراضى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى للشفيع بأحقية في أخذ جزء من الأطنان المبيعة بالشفعة ، كما قضى بأحقية أيضا في أخذ باقى الشفعة وذلك قبولا لما رده المشتري في دفاعه أمام محكمة الموضوع من تضرر لترك باقى الصفقة تحت يده رغم ضعفها وصعوبة استغلالها ، واستجابة لما أظهره الشفيع من اعتماد لأخذ هذا الباقي رفعا للضرر عن المشتري ، فإن التكليف الصحيح لذلك هو أن الطرفين قد تراضيا على أخذ الشفيع لباقى الصفقة ، إذ ثبت من جهة حقه في أخذ الجزء المشفوع فيه بالشفعة وثبت من جهة أخرى إصابة المشتري بأضرار من تخلف الجزء الباقي في يده . ففى كان الحكم قد أثبت قيام الأسس التى بنى عليها هذا التراضى ، فإنه لا يكون قد أخطأ إذا عمل أثره وقضى للشفيع بأخذ باقى الصفقة رفعا للضرر الذى شكاه المشتري . ولا يغير من ذلك أن يكون المشتري قد اعترض أمام محكمة الموضوع على ما أبداه الشفيع من أخذ باقى الأطنان بأنه طلب جديد للشفعة لم تتوافر شروطه ومواعيده (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤) .

فيه . (ب) إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فإن أحداً من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من حق المنفعة الذي يقابل ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه . وقد اجتاز هذا النص مراحلته التشريعية ، حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ . وفي هذه اللجنة لوحظ أن الحكم الوارد في الفقرة الأولى يخالف ما جرى عليه العمل ، وبعد مناقشة انقسمت اللجنة إلى رأيين ، الأول يذهب إلى جواز تجزئة الصفقة والأخذ بالشفعة في العقار الذي توافرت فيه شروطها ، والثاني يذهب إلى عدم جواز الشفعة إلا في الصفقة كلها . وانتهت اللجنة إلى حذف المادة ، وتركها حكمها لاجتهاد القضاء^(١) . ويتبين مما قدمناه أن النص الذي كان وارداً في المشروع التمهيدى ، والذي كان يقضى بعدم جواز الشفعة أصلاً ، سواء في العقارات التي لا تتوافر فيها شروط الشفعة أو العقارات التي تتوافر فيها هذه الشروط ، يخالف ما جرى به العمل ، ولم يقدر له أن يكون تشريعاً ، بل ترك الأمر لاجتهاد القضاء . لذلك لا يجوز الأخذ بحكم هذا النص^(٢) ، لا سيما بعد أن بدأ أن الميل متجه إلى العمل بما سار عليه القضاء . وقد قدمنا أن الرأي الذي نقول به — وهو جواز الأخذ بالشفعة في العقارات التي توافرت فيها شروطها وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه فيتحتم عندئذ أن يأخذ الشفيع جميع العقارات — هو الرأي الذي يتمشى مع ما يسير عليه القضاء في هذه المسألة . ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأي بما قيل من أن الشركات العقارية تتضرر منه إذا اشترت شركة منها حصة

(١) أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٩ — ص ٣٩٢ في الهامش .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد كامل موسى ٣ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٣٨١ — شفيق شحاتة

فقرة ٢٦٠ — عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠٦ — وانظر عكس ذلك والأخذ بحكم هذا النص محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٨ ص ٣٩٣ — ص ٣٩٤ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٩ — إسماعيل غانم ص ٨٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٧ — منصور معطر منصور فقرة ١٤٣ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١ .

عقارات بقصد تقسيمها ، وتصادف أن كان منها عقار يجوز فيه الأخذ بالشفعة فيحبط الشفع مشروع الشركة (١) ، ذلك بأن الشفع في هذه الحالة لا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا العقار الذي توافرت فيه شروطها دون غيره من العقارات ، ويسلم للشركة بعد ذلك ما بقي من العقارات فتمكن من القيام بمشروعها (٢) . وإذا بيعت العقارات المتعددة لمشتري واحد ، ولكن في صفقات متعددة ، كأن كانت العقارات منفصلة بعضها عن بعض ولم تكن مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة ، فلا مجال في هذه الحالة لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الشفعة ، لأن الصفقات متعددة ومبدأ عدم التجزئة لا يسرى إلا في حالة وحدة الصفقة . وعلى ذلك يجوز للشفع في هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التي توافرت فيها شروطها ، ولا يعترض عليه في ذلك أنه يجزئ الصفقة لأن الصفقات كانت متعددة من مبدأ الأمر ، وهو لا يأخذ بالشفعة إلا في صفقة واحدة لم يجزئها . ولا يجوز للشفع أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التي لم تتوافر فيها الشروط إذ أن الحق في الأخذ بالشفعة في هذه العقارات منعدم ، كما لا يجوز للمشتري أن يجبر الشفع على الأخذ بالشفعة في هذه العقارات لأنه لا يستطيع أن يستند في ذلك إلى مبدأ عدم التجزئة فهو غير منطبق لتعدد الصفقات (٣) .

ويقرب ما قررناه ، فيما تقدم ، من أحكام الفقه الإسلامي . فعند أبي حنيفة ومالك والشافعي أنه إذا تعدد المبيع : ب أن اشترى شخص دارين بعقد واحد ، وتوافر في كل من الدارين شروط الأخذ بالشفعة ، لم يكن للشفع إلا أن يأخذ الدارين جميعا بالشفعة ، وليس له أخذ أحدهما وترك الأخرى لما في ذلك من تفريق الصفقة على المشتري . أما إذا تعدد العقد ، أو كانت

(١) أنظر في هذا الاعتراض محمد علي عرفة ٢ فقره ٢١٨ ص ٣٩٣ - وانظر أيضا في هذا الاعتراض مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق في محضر جلسة ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٨ في الهامش .

(٢) ويحسن في هذا الفرع ترك الأمر لتقدير القاضي ، فإذا رأى أن الأخذ بالشفعة للعقار الذي توافرت فيه الشروط من شأنه أن يعطل مشروعا اقتصاديا كبير النفع ، فله أن يرفض طلب الشفع .

(٣) أنظر في هذا المعنى نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ه رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ .

شروط الشفعة لا تنوافر إلا في إحدى الدارين ، كان للشفيع في الحالة الأولى أخذ أحد الدارين دون الأخرى بالشفعة لأن الصفقة كانت متفرقة منذ البداية لتعدد العقد ، وكان له في الحالة الثانية أخذ الدار التي توافرت فيها شروط الأخذ بالشفعة دون الأخرى لأنه لا يشفع إلا فيها .

هذا ونحن فيما قدمناه إنما نقف عند المسائل الرئيسية لمبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة ، دون الخوض في التفاصيل التي تبينت فيها الآراء واحتدمت في شأنها المناقشات (١) ، وهي تفاصيل يحسن تركها لاجتهاد القضاء كما قررت لجنة مجلس الشيوخ ، فيستهدى القضاء في كل حالة بالظروف الخاصة بها وبما يحيطها من ملابسات .

١٧٠ - لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع : كان التقنين المدني السابق

يجيز الشفعة في البيع وفي المقايضة ، فكانت المادة ٩٦ / ٧٠ منه تنص على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة » . ولما كان الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بثمنه والتمن لا يوجد إلا في البيع ، ولو أخذ في المقايضة لتعين أن يأخذ العقار بقيمته إذ لا تمن في المقايضة ، ولتعين إجبار المالك على تقاضي قيمة العقار الذي قابض به بدلا من العين التي قابض عليها ، وهو إنما أراد بالمقايضة هذه العين بالذات ، لذلك كان من المناسب ألا تجوز الشفعة في المقايضة ، وألا تجوز إلا في البيع . وهذا ما حققه قانون الشفعة السابق ، إذ نص في المادة ٥ منه على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ، ولا ممن تملك بغير المبايعة » . وقد سار التقنين المدني الجديد على هذا النهج ، إذ تعرف المادة ٩٣٥ مدني ، كما رأينا ، الشفعة بأنها « رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري . . . » ثم إن جميع نصوص الشفعة إنما تتكلم عن البائع والمشتري على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع .

فلا بد إذن من عقد بيع يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه ، حتى يجوز الأخذ بالشفعة . وعقد البيع تصرف قانوني صادر

(١) أنظر ما دار من مناقشات طويلة في هذا الشأن في لجنة الأستاذ كامل صدق في محضر جلستي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ و ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٦ - ص ٣٥٠ في الماش .

من الجانبين وناقلاً للملكية بعوض . فإذا انتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني ، كالميراث والالتصاق والتقدم ، فلا شفعة . ولا شفعة أيضاً إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية . وحتى لو كان التصرف القانوني صادراً من الجانبين ، أي كان عقداً ، فلا بد أن يكون عقد معاوضة ، فالهبة لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة (١) ، حتى لو كانت بعوض ما دامت هبة حقيقية (٢) . فإذا كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفى تحت

(١) استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٤٧ .

(٢) وذلك لأن الواهب ، بما وهب ، ورضى بالتجرد عن ملكه دون مقابل لاعتبارات شخصية في الموهوب له لا تتوافر في الشفع . فلا يجوز للشفع أن يأخذ بالشفعة في الهبة ، ولو بقيمة العقار الموهوب .

كذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد اختلطت فيه الهبة بالبيع ، كبيع يحصل بنصف القيمة لاعتبارات شخصية راعاها البائع في المشتري (استئناف مخطوط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ - ٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨) . ولاشفعة في بيع صدر من الحكومة عن أرض أصلها المشتري ، فتساهلت الحكومة في الثمن تساهلاً كبيراً (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٣٢ ص ٥١٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مخطوط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٣٨ ص ٩٥٩) . وقد قضى في هذا المعنى بأن البيع الصادر من مصلحة الأملاك لصغار المزارعين ، إذا توافرت في طالب الشراء شروط معينة منها قيامه بإصلاح الأرض المتصرف فيها أو استئجاره لها مدة طويلة ، وبقصد توفير أسباب العيش لصغار المزارعين ، هو عقد تختلط فيه الهبة بالبيع . وقد روعي في تقدير الثمن فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشتري ، وقصد به تحقيق مصالح عليا اجتماعية وسياسية ، ومن ثم يتنافى القضاء بالشفعة في مثل هذا البيع مع طبيعة العقد ، ويكون فيه نفوت للأغراض المقصودة من البيع (نقض ملق ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٥ ص ٥٦١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٠٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ - إسماعيل غانم ص ٨٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٣١ - ٣٣٢ - حسن كيرة ص ١٥ - وقارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦١ ص ٤٤٩) . وقضى أيضاً في هذا المعنى بالا شفعة فيما تنزل عنه الحكومة من أملاكها الخاصة لموظفيها السابقين ، بدلا عما يستحقونه من المعاش (استئناف مخطوط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ - أنظر عكس ذلك محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٦٦) .

وقريب من هذا ما تعهدت به الحكومة ، نتيجة لتدخلها طبقاً للمرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ لصيانة الثروة الزراعية ، من رد الأراضي التي رسا مزادها عليها لأصحابها . فقد أوجبت الحكومة على نفسها ، طبقاً لقرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ ، أن ترد لكل مالك ملكه بمجرد طلبه ذلك في مدى خمس سنوات ، في مقابل رد الثمن الذي رسا به مزاد الأرض . وقد قضت محكمة النقض بأن رد الأرض إلى صاحبها بموجب القرار -

ستار الهبة . وسمى الثمن عوضا ، فالعبرة بحقيقة العقد وبأنه بيع ، فتجوز فيه الشفعة (١) . وبأخذ الشفع العقار بالعوض المذكور في العقد ، إلا إذا ثبت أنه دون الثمن الحقيقي المتفق عليه ، وأنه إنما ذكر في العقد ناقصا عن الثمن الحقيقي لإحكام ستر البيع وإلباسه ثوب الهبة بعرض ، فعندئذ يأخذ الشفع العقار بالثمن الحقيقي لا بالعوض المذكور في العقد (٢) . وعلى العكس من ذلك إذا كان البيع هو الذي يستر الهبة ، كما هو الغالب . لم يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، ويحتاج على الشفع بالعقد الحقيقي دون العقد الظاهر لأنه ليس من الغير في الصورية كما سيجيء ، وعلى ذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستترة في صورة بيع (٣) . وقد يتحايل البائع والمشتري لمنع الأخذ بالشفعة ، فهب

= سالت الذكر لا يعتبر بيعا تجوز فيه الشفعة، ويمكن اعتبار صاحب الأرض مالكا لم يتجرد عن ملكيته منذ نزلت منه إلى يوم أن استرداه من الحكومة إذ هو في حكم البائع للقدر الذي رما مزاده على الحكومة ، واسترداده للأرض يكون بمثابة تقايل من هذا البيع ونسخ له . ولا بد بر بيما جديداً تجوز فيه الشفعة (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦) . أما إذا تنازل صاحب الأرض عن حقه في استرداده لأرضه إلى شخص آخر ، وقبلت الحكومة هذا التنازل وتصرفت بمقتضاه في الأرض للتنازل إليه ، فإن هذا التصرف الذي من شأنه أن يحدث للتنازل إليه ملكية لم تكن له من قبل يكون بيعا ، وتجوز فيه الشفعة (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٤ ص ١٦١) - أنظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٤٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٥ .

(١) وللشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات ، وتدخل في ذلك القرائن ، أن حقيقة الهبة أنها بيع (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ - علي زكي المرابي ص ١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٥ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا تصح الشفعة في العين الموهوبة ، ولو وصفت في العقد بالبيع (استئناف وطني أول ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ رقم ٨١ ص ٢٨٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه يجوز اعتبار عقود البيع عقود هبة إذا ساعدت ظروف الأحوال على ذلك ، كما إذا صدر البيع من أب لابنه بشئ زهيد ، وحينئذ لا يصح استعمال حق الشفعة . لأنه لا يترتب على الهبة (مصر استئناف ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦) - وأنظر استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٣ - ٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ . وليس ضروريا ، في الأخذ بالقرائن دليلا على أن حقيقة البيع هبة مستترة فلا تجوز فيها الشفعة ، أن يؤخذ في ذلك بالقرابة أو المصاهرة بين البائع والمشتري فإن هذه العلاقة لا يتحتم معها أن يكون البيع هبة مستترة ، ولا نقلة الثمن المذكور في =

البائع للمشتري جزءا صغيرا مقتطعا من الأرض المبيعة يكون هو الجزء الملاصق لأرض الشفع ، فيحول هذا الشريط من الأرض دون تحقق الجوار بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وذلك حتى يمكن الاحتجاج على الشفع بأنه لا يستطيع أخذ العقار بالشفعة لعدم تحقق الجوار ، بل ولا أخذ هذا الشريط من الأرض بالشفعة لأنه محل لعقد هبة لا لعقد بيع . وفي هذه الحالة يجوز للشفع أن يثبت : بجميع طرق الإثبات ، أن الهبة صورية وقد قصد بها التحايل لمنع الأخذ بالشفعة . فيأخذ بالشفعة كل العقار ، ويدخل فيه قطعة الأرض الموهوبة : بالثمن المسمى في عقد البيع الواقع على بقية العقار ، على اعتبار أن حقيقة التعامل هو بيع واقع على كل العقار بالثمن المسمى في عقد البيع (١) .

فاذا وجد عقد معاوضة ناقل للملكية (٢) ، فلا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا

العقد فقد يكون القصد من ذلك التخفف من مصروفات التسجيل (استئناف وطني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - مصر استئنافي ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٤) .

وقد نصت المادة ٢٤٤ من قانون الملكية المقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أنه « لا يستعمل حق الشفعة إلا بوجه المشتري أو بوجه الموهوب له بموضع . وفي الحالة الأخيرة يكون حق الشفعة معرضا لأسباب البطلان والإبطال والإلغاء نفسها الجارية على الهبة ذاتها - لا تسع دعوى الشفعة في المقايضة المقارية ، وفي البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الإخوة والأخوات » .

(١) على زكي العراقي فقرة ١٤ ص ١٣ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٣٠ - هذا وإذا كان لا يجوز في الهبة الأخذ بالشفعة ، فإنه يجوز لمن تملك العقار المشفوع به بمقدمة من المالك الذي باع بعد ذلك عقارا آخر أن يأخذ هذا العقار الآخر بالشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن العقار المشفوع به موهوب له من نفس المالك البائع ، وذلك ما لم يشترط هذا الأخير على الموهوب له التزول عن حقه في الأخذ بالشفعة (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٩٧) .

(٢) فلا يجوز الأخذ بالشفعة في عقد القسمة ، لأن القسمة كاشفة عن الملكية لا نافذة لها (استئناف مغلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ - ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩) . وهذا هو أيضا الحكم في الفقه الإسلامي ، فقد جاء في المادة ١١٤ من مرشد الجيران : « لا تجرى الشفعة في القسمة ، فإذا قسمت دار أو أرض مشتركة بين اثنين فلا يكون الجار شفيما فيها » . وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٥ ص ١٦٤) : « إذا اقتسم الشركاء العقار ، فلا شفعة لجارهم بالقسمة . سواء كانت القسمة بقضاء القاضي أو بنير قضائه » .

كان عقد بيع (١) . فالمقايضة ، ولو كانت معدل ، لا يؤخذ فيها بالشفعة (٢) ، إلا إذا كان المعدل كبيرا يفوق بكثير قيمة البذل بحيث يستخلص أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع استتر في صورة مقايضة . فتكون العبرة في هذه الحالة بالعقد الحقيقي وهو بيع ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة (٣) . ولا يجوز الأخذ بالشفعة في الشركة ، إذا كانت حصة الشريك في الشركة عقارا ، فلا يؤخذ هذا العقار بالشفعة من الشركة ولو أعطاه الشفيع قيمته ، لأن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات وقد لا ترضى بقيمته بديلا عنه إذ قد يخل ذلك بأغراضها من تملك العقار (٤) . ولا تجوز الشفعة

= كذلك لا شفعة في الصلح ، لأنه كاشف عن الملك لا فائل له ، ولأن الصلح يثنى مع الشفعة فهو يستلزم من المتصلحين واجبات شخصية لا يمكن تشجيع القيام بها فيتمذر عليه أن يقوم مقام المشفوع منه في جميع الحقوق والواجبات (استئناف وطني ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٦ ص ٦١ - بني سويف الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ - استئناف مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٣) - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءا من حقوقه على وجه التقابل حتما للنزاع الحاصل بينهما ، فهذا العقد صلح طبقا لنص القانون . ولا يصح اعتباره بيما لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتخاصمين إلى الآخر بثمن معين ، مادامت هذه الملكية لم تكن مستقرة لما لكها بل كانت محل نزاع . والمبلغ المسمى في العقد لم يكن مقابلا لنقل الملكية المتنازع عليها ، بل كانت مقابلا لحسم النزاع ، مما تنعدم معه مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح الذي لا تجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد (نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٤ ص ٤٨٩) .

(١) ولا يجوز الأخذ بالشفعة في نزاع ملكية العقار للمنفعة العامة لأن نزاع الملكية للمنفعة العامة ليس بيع ، ولأن الشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة في تخصيص العقار للمنفعة العامة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٦) .

(٢) استئناف مخطوط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٠ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٣٠ ص ٤٥٩ - إسماعيل غانم ص ٣٧ - عبد المنعم فرج العدة فقرة ٣٠٣ ص ٤٤٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ - وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٦١ ص ٢٧٢ - ٢٧٣ - ويجوز تشجيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع ، لأنه ليس طرفا في عقد المقايضة حتى يمنع من إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٣٨٧ ص ٩٥٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٧ ص ٤٤٤) .

(٤) أنظر في أسباب أخرى لعدم جواز الشفعة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٤ - وإذا اندمجت شركة في أخرى ، فإذا كان هذا الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى وكان في هذه الأموال عقارات ، جاز أخذها بالشفعة (استئناف مخطوط ٣١ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٥) وإذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أسهمها للشركة الأخرى ، كان البيع واقعا على أسهم ، وهي متقولة فلا شفعة .

في الوفاء بمقابل . إذا أعطى المدين للدائن عقارا في مقابل الدين ، لأن الوفاء بمقابل فيه معنى استيفاء الدين . وقد لا يرضى الدائن إلا بالعقد ذاته في مقابل الوفاء بهذا الدين ، وهذا هو أيضا الحكم في الشفعة الإسلامية^(١) .

فإذا كان عقد المعاوضة الناقل للملكية هو عقد بيع ، جاز الأخذ فيه بالشفعة . ومع ذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الباطل ، لأن هذا العقد لا وجود له حتى يصح الأخذ فيه بالشفعة . كذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الصوري لأنه عقد لا وجود له كالعقد الباطل ، وقد قدمنا أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المسترة في صورة بيع لأن البيع الذي يستر الهبة إنما هو عقد بيع صوري . ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن الشفعيع يعتبر من الغير في الصورية فله أن يأخذ بالعقد الظاهر دون العقد المستتر إذا كان حسن النية ، أي يأخذ بعقد البيع الصوري وهو العقد الظاهر فيجوز له على هذا الأساس أن يأخذ بالشفعة . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن الشفعيع ، في رأينا ، لا يعتبر من الغير في الصورية^(٢) . وعلى ذلك إذا باع المالك عقاره بيعا صوريا

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٦٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٤ .

(٢) وقد سبق أن كتبنا في الجزء الثاني من الوسيط ، في صدد تحديد الغير في الصورية بأنه هو الدائنون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفي الصورية والخلف الخاص لأي من هذين المتعاقدين ، ما يأتي : « ويلاحظ أيضا أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشتري بسبب يفاير التصرف الصوري الصادر من البائع إلى المشتري . فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بمقد الرهن وهو غير البيع الصوري ، والمشتري بعقد جدي من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدي وهو غير البيع الصوري ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشتري بعقد جدي من المشتري والدائن الذي ارتهن من المشتري الدار . ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين محل التصرف بموجب هذا التصرف الصوري نفسه . فلو باع شخص داراً من آخر بمقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف من رسوم التسجيل ، فإن الشفعيع في هذه الدار لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقي إذا أثبت أنه من البائع أو المشتري . ذلك أن الشفعيع كسب حقه بالشفعة والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري ، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري ، فلا يعتبر غيراً في هذا العقد . هذا إلى أنه من الواضح أن الشفعيع قد حل محل المشتري في البيع ، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشتري إذ لم يلق بينه الملكية ، وهو في الوقت ذاته بعد أن حل محل المشتري قد أصبح طرفاً مع البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفاً خاصاً للبائع (نالبا لمقد الصوري) » (الوسيط ٢ فقرة ٢٢١ ص ١٠٩٠ - ص ١٠٩١) . والسبب في أن الشفعيع كسب حقه بسبب يدخل فيه العقد الصوري -

لمشتر حرر معه ورقة ضد (contre-lettre) ، وأراد الشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة ، جاز الاحتجاج عليه بورقة الضد هذه وإن كان حسن النية ، وبأن البيع صوري لا وجود له فلا يجوز الأخذ فيه بالشفعة (١) . وعلى ذلك أيضا إذا ذكر في عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففا من رسوم التسجيل ، فالذى يسرى على الشفيع هنا هو الثمن الحقيقي ، ولا يجوز له التمسك بالثمن الصوري المخفض لأنه ليس من الغير (٢) .

= هو ، كما سبق أن بينا ، « أن الشفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشروع أو الحوار ، وهذه واقعة مادية ، باعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانوني . فيدخل إذن في تركيب الشفعة ، كسبب لكسب الملكية ، البيع الذى يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ويعتبر هذا البيع بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية » (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩١ هامش ١) .

(١) مصر الكلية أول فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٥ رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٣١ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٣٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، على خلاف ما قدمناه ، بأنه لا يجوز التمسك على الشفيع بورقة ضد تدل على أن البيع لم يعقد إلا كتأمين لضمان دين للمشتري على البائع ، حتى إذا دفع الدين فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . وقضت محكمة النقض ، على خلاف ما قدمناه أيضا ، بأن الشفيع يعتبر من طبقة الغير ، ففى كان عقد البيع قد شبر فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ ص ١٣٨٤ - ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢١٣ ص ١٥٣٠) .

(٢) ومع ذلك فقد جرى القضاء في مصر على عكس الرأى الذى نقول به . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد في العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقي ، إذا ثبت أن المشتري والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقضا من مقدار الرسوم التى يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع في هذه الحالة أن يرجع على المشتري بالفرق في الثمن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقضت محكمة النقض بأن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من الغير بالنسبة إلى طرفي عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالمعتمد الظاهر . وإذن ففى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى لسظمون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين ، قد فنى بأدلة مسوقة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالمعتمد ، فإن النعم عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) . وقضت محكمة النقض أيضا بأن الشفعة جائزة في طلبة المستجرة في صورة البيع ، ذلك أن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى طرفين =

فاذا كان عقد البيع غير باطل ولا صوري ، فهو بيع موجود ، ويجوز
كما قدمنا الأخذ فيه بالشفعة . ويعتبر بيعا موجودا ، ويجوز الأخذ فيه بالشفعة ،
البيع الابتدائي . ذلك أن البيع الذي يسمى عادة بالبيع الابتدائي هو بيع تام
بات ، يلتزم فيه البائع بنقل الملكية وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب
الخفية ، ويلتزم فيه المشتري بدفع الثمن وملحقاته . وإنما سمي بالبيع الابتدائي

= المتعاقدين ، البائع والمشتري ، فله أن يتمسك بالمقد الظاهر دون المقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز
أن يحاج بالمقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالما بصورية العقد الظاهر أو
بوجود ورقة العقد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦١
ص ١٠٦٣) . وانظر أيضا في هذا المعنى نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤
رقم ١٦١ ص ٤٥٢ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ - ٢٥ مارس
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة
أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص ١٣٨٤ .

وبالرغم من استقرار القضاء كما نرى على أن الشفعيع يعتبر من الغير ، لا يسعنا هنا إلا أن
نلاحظ مرة أخرى أن الغير في الصورية إما أن يكون دائنا شخصا لأحد طرفي العقد الصوري ،
أو خلفا خاصا لأحد منهما . وظاهر أن الشفعيع ليس دائن شخصا ، لا للبائع ولا للمشتري .
وليس هو كذلك خلفا خاصا للمشتري تلقى منه حقا ، فهو إنما يتلقى ملكية المقار المشفوع فيه
من البائع لا من المشتري . وليس هو أخيرا خلفا خاصا للبائع استجد بعد العقد الصوري ، فهو
إنما حل محل المشتري وأصبح أحد طرفي البيع والبائع هو الطرف الآخر ، ولم يقل أحد
إن أحد طرفي العقد الصوري يكون من الغير فيه . ومثل الشفعيع وهو يستند حقه من البيع
الصوري فلا يعتبر من الغير فيه كمثل المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان هذا الاشتراط
صوريا ، فلا يعتبر المنتفع من الغير لأنه يستند حقه من الاشتراط الصوري ، ولا يجوز له
أن يتمسك بهذا الاشتراط على المتعهد بدعوى أنه من الغير وأنه حسن النية لا يعلم أن الاشتراط
صوري .

أما الفقه المصري فهو منقسم في هذه المسألة . فهناك رأى يتمشى مع ما ذهب إليه القضاء
ويقول إن الشفعيع يعتبر من طبقة الغير في الصورية فله أن يتمسك بالمقد الظاهر إذا كان حسن
النية (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٨ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢٩ - اسماعيل غانم في أحكام
الالتزام فقرة ١١٤ ص ٢٣٧ وفي الحقوق العينية الأصلية ص ٨٨ - ص ٨٩ - حسن كيرة
ص ١٣ و ص ٢٠) . وهناك رأى آخر يذهب إلى أن الشفعيع لا يعتبر من طبقة الغير في الصورية
(عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٣٧ ص ٣٢٦ - أحمد نشأت في رسالته في الإثبات فقرة ٤٤١
مكررة ب - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٦) - واكتفى بعض الفقهاء بعرض الخلاف
دون أن يتخذ موقفا فيه (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٩) .

لأن الالتزامات المتقدم ذكرها لا يقصد المتعاقدان تنفيذها في الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي المعدل للتسجيل والذي اتفق المتعاقدان على إبرامه في ميعاد معين . والذي يدعو المتعاقدين إلى إبرام هذا العقد الابتدائي قبل إبرام العقد النهائي يكون عادة اعتبارات عملية محضة ، فقد يريد المشتري بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيده هو بالشراء أن يبحث عن حالة العقار ، فإذا ما رآه خاليا من التكاليف أبرم العقد النهائي ، وإلا فسخ العقد الابتدائي . وقد يريد المشتري أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن ، فيكتفي عادة بدفع عربون حتى إذا مادبر باقي الثمن أبرم العقد النهائي . ولكن الغالب أن الذي يدعو إلى إبرام العقد الابتدائي قبل إبرام العقد النهائي هو أن تسجيل البيع يقتضي إجراءات تستغرق مدة طويلة ، ويريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي إلى أن تتم الإجراءات اللازمة للتسجيل فببرما العقد النهائي . فالبيع الابتدائي إذن هو بيع تام ملزم للطرفين ، وإذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر عن القيام بالتزاماته جاز للطرف الآخر إجباره على ذلك^(١) . ولما كان البيع الابتدائي ينشئ على هذا النحو كل آثار البيع ، فإن الشفعة تجوز فيه كما

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي ، أخذا بالمعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراعى في تحريرها الأوضاع التي يتطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه بالوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل المنول (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) . وقضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا حرر عقد ابتدائي ببيع نصيب القصر في أرض اشترط فيه أنه لا يكون نافذا إلا بعد موافقة المجلس الحسبي عليه ، ثم قرر المجلس الترخيص للوصية في بيع هذه الأرض بالشروط الواردة في العقد الابتدائي إلا فيما يتعلق بالثمن فقد رفته إلى الحد الذي وصلت إليه المزايدة التي أمر باجرائها تمهيدا لإقرار البيع ونزست على نفس المشتري بالنقد الابتدائي ، فإن هذا القرار لا يعتبر ملغيا لهذا العقد ، وإنما هو مؤيد ومتم له . وإذن فلا يجوز رفض دعوى الشفعة في الأرض المبيعة بمقتضى ذلك العقد ، بمقولة إنها تكون على غير أساس لزوال هذا العقد بعدم إقرار المجلس الحسبي إياه (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ ص ٦٢٨) . وانظر أيضا نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١ ص ٥٤٠ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ - وانظر في المسألة الوسيط ٤ فقرة ٤١ - فقرة ٤٣ .

قلعنا وتستحق من وقت صدوره . فاذا بيع عقار بيعا ابتدائيا وكان لهذا العقار شفيع ، استطاع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور العقد الابتدائي ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت (١) . وإذا أبرم البيع النهائي فسخ البيع الابتدائي ، ولكن إذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، بقي حقه في الشفعة قائما وبشروط البيع الابتدائي ، حتى بعد إبرام البيع النهائي ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي . ويبدو أن الشفيع ، إذا فاته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، يجوز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي في مواعيد هذا البيع وبشروطه . ولكن إذا هو أسقط شفيعته بعد علمه بالبيع الابتدائي ، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد تفوت ، لم يستطع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي إلا إذا اختلفت شروطه عن شروط البيع الابتدائي ، وبخاصة إذا انقص الثمن (٢) . وقد يقترن البيع الابتدائي بعربون ، ودفع العربون وقت إبرام العقد الابتدائي يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك (م ١/١٠٣ مدني) . فاذا اتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد للعقد فلم يعد

(١) نفق مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٣ ص ٥٦٦ - استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩ - استئناف غنط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ - ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٢٢٧ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - الوسيط ٤ فقرة ٤٢ ص ٨٣ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٣٣ .

وإذا حرر عقد ابتدائي ببيع عقار ذكرت فيه أسماء جميع الورثة كباثمين، ولم يوقع العقد إلا بعض الورثة، فالبيع يعتبر قد تم بالنسبة إلى من وقع منهم ، ويجوز لمن لم يوقع أن يأخذ في هذا البيع بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة عن جميع المنزل ، إلا أن كل وارث لا يبيع فيه أكثر من حصته التي يملكها . فاذا أمضى العقد أصبح مرتبطا قبل المشتري عن هذه الحصة ، ولا يجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقي الشركاء عن البيع والمشتري أن يطالبه دائما بتنفيذ البيع في حصته . وإقرار البائعين في العقد بتضامهم ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته . ولا أن إنقضاء البيع فيها لا يتم إلا إذا باع باقي الورثة حصصهم ، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة ونفاذ البيع في حصته ثم في حصص الآخرين أيضا (نفق مدني أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٥ ص ٥٨٠) - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٤ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٤٣ ص ٨٥ - ص ٨٦ .

لأحد منهما حتى العدول عنه ، كان العقد الابتدائي بائنا ملزما على الوجه الذى تقدم ذكره ، وجاز الأخذ فيه بالشفعة على النحو الذى أسلفناه . أما إذا لم يتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد لمقد ، كانت دلالة العربون هى أن كلا من المتعاقدين قد حفظ لنفسه الحق فى العدول عن البيع فى نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر . وقد اختلف فى تكييف العربون فى النقطة الفرنسى ، فبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ فينفذ البيع فى الحال ولكن يجوز لكل من المتعاقدين فسخ البيع فيخسر العربون ، وبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط واقف فلا ينفذ البيع إلا إذا انقضت المدة المتفق عليها دون أن يعدل أحد الطرفين عنه . وقد سبق أن كيفنا العربون بأنه مقابل للرجوع فى البيع ، فيكون هو البديل فى التزام بدلى ، ويكون المدين ، بائعا كان أو مشتريا ، ملتزما أصلا بالالتزام الوارد فى البيع ، ولكن تبرا ذمته من هذا الالتزام إذا هو أدى العربون^(١) . وسواء كيف العربون بأنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ أو شرط واقف ، أو كيف بأنه بدل فى التزام بدلى ، فى جميع الأحوال لا يمنع العربون عقد البيع من أن يوجد ، وإن كان وجوده مقترنا بجواز العدول عنه . وما دام البيع موجودا فانه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، ومن ثم يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائي اقترن بالعربون أو لم يقترن^(٢) .

وجوز الأخذ بالشفعة أيضا فى البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، لأن البيع فى الحالتين يكون موجودا وإن كان وجوده على خطر الزوال . فى البيع المعلق على شرط فاسخ يكون البيع نافذا من وقت إبرامه ، وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد الشفعة ، وتسرى من وقت إبرام العقد . فإذا أخذ بالشفعة فى مواعيدها ، حل محل المشتري فى البيع المعلق على شرط فاسخ ،

(١) أنظر فى كل ذلك التوسيط ٤ فقرة ٤٦ .

(٢) نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٢٩٥ - عكس ذلك استئناف مخطط ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ (عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا إذا أصبح البيع بالعربون بائنا ولم يعدل عنه أحد طرفيه) - عكس ذلك أيضا شفيق شحاتة فقرة ٢٦٦ - محمد حل مرة ٢ فقرة ٢٦٠ ص ٤٤٨ .

فاذا ما تخلف الشرط صار البيع باتا ، وإذا ما تحقق زال البيع بأثر رجعى كما كان يزول بالنسبة إلى المشتري لو لم يأخذ الشفع بالشفعة (١) . أما إذا فوت الشفع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام العقد كما قدمنا ، فإن حقه فى الشفعة يسقط ، ولم يجز له إذا تخلف الشرط الفاسخ وأصبح البيع باتا أن يأخذ بالشفعة فى مواعيد جديدة بحسبها من وقت تخلف الشرط . وفى البيع المعلق على شرط واقف يكون البيع غير نافذ ، ولكنه يكون موجودا ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة (٢) كما قدمنا ، وتحسب مواعيد الشفعة فى الشرط الواقف ، كما

(١) وقد كان هذا هو حكم الشفعة فى بيع الوفاء عند ما كان هذا البيع جائزا ، وهو بيع معلق على شرط فاسخ . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ العقار المبيع وفاء بالشفعة ، فإذا استرد البائع المبيع زال البيع بأثر رجعى ، ووجب على الشفع رده للبائع وفاء ويسترد منه مادفعه عند الأخذ بالشفعة (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٤ رقم ١٥ ص ٣٣ - استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٣ ص ٢٩ - كوم حمادة ١٧ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٦٣ ص ٩٢٦ . محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٦ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢ - وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة فى بيع الوفاء إلا عندما يصبح باتا استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٨ - طحا الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان الأخذ بالشفعة يجوز فى البيع المعلق على شرط فاسخ ، فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف لأنه بيع غير نافذ ، ولأن الشفعة لا تثبت إلا فى البيع الذى يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١) . ولوصح أن الشفعة لا تثبت إلا فى البيع الذى يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا ، لوجب عدم جواز الأخذ بالشفعة أيضا فى البيع المعلق على شرط فاسخ ، لأن ملكية العقار فى هذا البيع لا تنتقل إلى المشتري انتقالا باتا قاطعا إذ أن البيع يزول بأثر رجعى بتحقيق الشرط الفاسخ .

وقد قضت محكمة النقض بجواز الأخذ بالشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف ، إذ قضت بأن الحكم الذى يقرر أن حق الشفعة لا يتولد عن العقد الابتدائى المعلق نفاذه على تصديق المجلس الحسبى ، وإنما يتولد عن العقد المحرر بعد تصديق المجلس الحسبى على بيع نصيب القاصر ، يكون خاطئا (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٢٣ ص ١١٧) - وانظر أيضا نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ - استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٥ - وهذا هو رأى السائد فى الفقه المصرى : همد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٥ ص ٣٠٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٣٥ ص ٤٦١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤١ ص ٣٢٣ - إسحاق غانم ص ٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٠ - ص ٤٥١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٢٢٢ .

موجب في الشرط الفاسخ ، من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط .
 فاذا أخذ الشفع بالشفعة في هذه المواعيد ، حل محل المشتري في البيع المعلق
 على شرط واقف . فاذا تحقق الشرط نفذ البيع بأثر رجعي ونفذت معه الشفعة ،
 وإذا تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعي كذلك كما كان يزول بالنسبة إلى
 المشتري لو لم يأخذ الشفع بالشفعة وزالت معه الشفعة . أما إذا فوت الشفع
 مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام البيع ، فإن حقه في الشفعة يسقط ،
 ولم يجز له إذا تحقق الشرط الوقت ونفذ البيع أن يأخذ بالشفعة في مواعيد
 مجبها من وقت تحقق الشرط (١) .

وإذا تقابل المتبايعان قبل طلب الشفعة ، فاذا قلنا مع محكمة النقض إن
 التقابل هو فسخ للبيع القائم لا إنشاء لبيع جديد ، انبنى على ذلك أن البيع يزول
 بالتقابل (ويسمى أيضا بالتفاسخ) ، ويكون زواله بأثر رجعي فيعتبر كأن لم
 يكن . وعلى ذلك لا يستطيع الشفع أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد التقابل ،
 لأن البيع الذي يريد الأخذ فيه بالشفعة يكون غير موجود وقت طلب الشفعة ،
 وشرط الشفعة أن يكون البيع قد قام بعد توافر شروط الأخذ بها وأن يبقى
 قائما عند طلبها (٢) . ولكن التقابل لا يكون حتماً فسخاً للبيع القائم ، بل الأمر

(١) والبيع المشروط فيه عدم انتقال الملكية إلى المشتري إلا بعد دفع جميع أنساط الثمن
 تجوز فيه الشفعة ، سواء اعتبرنا الشرط فاسخاً أو واقفاً ، لا سيما إذا لوحظ أن الشفع
 لا يستفيد من التقييد الممنوح للمشتري بل يجب عليه إيداع كل الثمن ، فيحل محل المشتري
 في بيع تخلف فيه الشرط الفاسخ أو تحقق فيه الشرط الواقف . انظر استئناف مخطط ٢ يونيو
 سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ - وانظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز استئناف مخطط لأول
 فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٦ - استئناف وطني ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١
 ص ٢٨ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٣٢٨ .

وقد يعلق البائع البيع هل شرط عدم استهلاك الشفع للشفعة ، فاذا استهلكها انفسخ البيع ،
 قاصداً بذلك إسقاط الشفعة إذا استهلك . وهذا الشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، إذ هو يطل
 بإرادة المتبايعين حقا قرره القانون للشفع . ولما كان الشرط فاسخاً ، فإنه يطل ويبقى البيع
 صحيحاً لا شرط فيه (م ١/٢٦٦ ملق) وتجوز فيه الشفعة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التقابل من البيع لا يعتبر بيعاً جديداً يتولد عنه الشفع حق
 الشفعة ، لأن التقابل أو التراد في البيع هو فسخ له براضى الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ،
 ومن شأنه في قصد المتماقدين إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل البيع وبحر كل أثر له ، بما لا يكون
 معه أساس لطلب الشفعة . وإذن ففي كان التقابل قد حصل قبل طلب الشفعة ، فإنه يعدم أثر البيع

يتوقف على قصد المتقابلين . فقد يقصدان إلغاء العقد القائم بعقد جديد يزيله
 دون أثر رجعي ، فيكون هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري يعقبه
 عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع ، بل إن هذا في نظرنا هو الأصل في
 التقايل (١) . وفي هذه الحالة لا يستطيع الشفيع أن يطلب الشفعة في البيع الأول
 لأنه زال بالتقايل ، ولكنه يستطيع طلبها في البيع الثاني وهو البيع الذي يتضمنه
 التقايل ذاته ، وطبقا لمواعيد هذا البيع الثاني (٢) . وإذا طلب الشفيع الشفعة
 في مواعييدها في البيع القائم قبل التقايل منه ، ثبت له الحق فيها ولا يسقط التقايل
 حتمه ، سواء اعتبر التقايل فسخا للبيع القائم أو بيعا جديدا (٣) . فان كان فسخا
 لم تسقط الشفعة ، لأن الفسخ هنا يكون تفاسخا بالتراضي بين المتبايعين ولا يملك

= الأول ، ولا يبق محل لطلب الشفعة (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام
 النقض ٥ رقم ١٠٥ ص ٦٦١) . وانظر أيضا نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥
 رقم ٧٤ ص ١٦١ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦ - ١٦ مايو
 سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ - وانظر على زكي العرابي ص ١٦ وما بعدها -
 شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ -
 عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٤ ص ٤٦٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٣٢٣ .
 (١) الوسيط ١ فقرة ٤٥٩ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٣١٣ - عبد المنعم
 فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٢ - ص ٤٥٣ .

(٢) أنظر المادة ٩٣٨ مدني وسيجيء ذكرها (أنظر مايلى فقرة ١٧٢) . وقد يقال
 كيف يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الثاني وهو صادر لنفس المالك القديم ، فلم يتغير على الشفيع
 المالك بل عاد كل شيء إلى أصله كما كان قبل البيع الأول . ويمكن الرد على هذا الاعتراض
 بأنه من المحتمل أن يكون الشفيع إنما يتضرر من هذا المالك القديم بالذات ، ولم يكن له يدمن
 احتماله قبل أن يفتح له باب الشفعة . فلما صدر البيع من هذا المالك القديم وتغير المالك ، رحب
 الشفيع بالمالك القديم ولم يأخذ منه بالشفعة . ثم لما تقايل المتبايعان وعاد الملك إلى المالك القديم
 الذي كان الشفيع يتضرر منه ، لم يلبث الشفيع أن طلب الشفعة بعد أن انفتح بابها أمامه .
 كذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة أن الشفيع كان فيما مضى مالكا للمقار البيع ، ثم خرج عن ملكه
 كأن باعه مثلا لشخص ثم باعه هذا الشخص لشخص آخر ، فيأخذ البائع الأول المقار بالشفعة
 إذا توافرت شروطها (استئناف مخطوط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - محمد كامل
 مرسي فقرة ٣٤٦) .

(٣) الهياط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٢١٩ ص ٢٨٧ .

هذان إسقاط الشفعة بتراضيهما^(١) . وإن كان يباع جديدا أعقب البيع الأول ، فإن الشفيع قد طلب الشفعة في البيع الأول فلا يسقط حقه بالبيع الثاني ، وإنما يسقط هذا الحق لو أنه لم يطلب الشفعة قبل البيع الثاني فيتعين عليه في هذه الحالة أن يطلب الشفعة في البيع الثاني لا في البيع الأول (م ٩٣٨ مدني وسيجي ذكرها^(٢)) . وهذا لا يمنع الشفيع ، إذا كان قد طلب الشفعة في البيع الأول قبل التقابل منه ، أن ينزل عن هذا الطلب ويطلب الشفعة في البيع الثاني^(٣) .

ويعجز الأخذ بالشفعة حتى في البيع القابل للإبطال ، فالبيع الباطل هو الذي لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه غير موجود ، أما البيع القابل للإبطال فبيع موجود نافذ ، ولا يزول إلا إذا حكم بإبطاله . وعلى ذلك يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الصادر من القاصر دون إذن المحكمة وفي البيع الذي شابه غلط أو تدليس أو إكراه ، في المواعيد المقررة وتصرى منذ إبرام البيع القابل للإبطال . فيحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع ، ويكون مثله معرضا للمطالبة بإبطال البيع من البائع . فإذا أجاز البائع البيع زال سبب الإبطال ، وانقلب البيع صحيحا بأثر رجعي ، وأصبحت ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه ملكية بآنة نهائية . أما إذا طلب البائع إبطال البيع وحكم له بذلك ، فإن البيع يزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ، وتزول ملكية الشفيع عن العقار وتعود إلى البائع ، كما كان يقع للمشتري لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة . وإذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة التي تحسب منذ إبرام البيع القابل للإبطال كما قدمنا ، ثم أجاز البائع البيع

(١) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ (ويذهب إلى أنه يجب رفع دعوى الشفعة قبل التقابل حتى لا يسقط التقابل الحق في الشفعة) . أما إذا لم يكن الفسخ بالتراضي أى بالتقابل ، بل كان فسخا بحكم القضاء ، بأن أحل المشتري مثلا بالتزاماته فعلم البائع بالفسخ ، فإن الفسخ هنا بماله من أثر رجعي يجعل البيع كأن لم يكن ، ويعتبر البيع غير موجود منذ البداية ، فنسقط الشفعة المؤسسة على هذا البيع . وهنا لم يكن الفسخ بتراضي المتبايعين حتى يقال ، كما قيل في التقابل ، إن المتبايعين لا يملكان بتراضيهما إسقاط حق الشفيع (شفيع شحاتة فقرة ٢٦٣ ص ٢٧٤) .

(٢) أنظر مايل فقرة ١٧٢ .

(٣) وكذلك لرسقط طلبه الشفعة في البيع الأول ، جاز له أن يطلبها في البيع الثاني (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٠ ص ٢١٢ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٣) .

فانقلاب بيعاً صحيحاً ، لم يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ولم تفتح له مواعيد يبدأ
سريانها منذ إجازة البيع (١) .
ويخلص مما تقدم أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع (٢) . فأى سبب آخر لكسب

(١) المتصورة الجزئية ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ - عل زكى العراب
فقرة ١٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣١٢ - محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٦٢ ص ٤٥٠ .
وقريب من البيع القابل للإبطال البيع غير النافذ في حق المالك ، ويجوز الأخذ بالشفعة فيه .
فاذا كان البيع صادراً من وكيل عزله المالك بكتاب مجل سابق على البيع ، جاز للمحكمة أن
تنقض الشفع بالشفعة في هذا البيع ، فاذا أقر المالك البيع خلصت للشفيع ملكية المقار المشفوع
فيه (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩) . كذلك تجوز
الشفعة في بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال من جهة وغير نافذ في حق المالك من جهة
أخرى . فاذا أخذ الشفع فيه بالشفعة ، وأجاز المالك الحقيقي البيع ، استقرت ملكية الشفع في
المقار المشفوع فيه ، لأن البيع بإجازة المالك الحقيقي ينتقل صحيحاً نافذاً . ويلاحظ أن
قابلية بيع ملك الغير للإبطال قد تقررت لمصلحة المشتري ، فان أخذ الشفع بالشفعة وحل محل
المشتري ، لم يجوز له طلب إبطال البيع كما كان يجوز للمشتري ، لأنه لما أخذ بالشفعة يكون
قد أجاز البيع .

(٢) وبالشروط الواردة فيه دون أى تحوير فيها ، فلا يجوز للشفيع أن ينقذ نفسه من
هذه الشروط ، كما لو اشترط البائع على المشتري أن يبنى في الأرض المبيعة منزلاً للسكنى
أو أن يحافظ على مستوى الأرض الحال (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) .
كما لا يجوز للشفيع أن يضيف شرطاً ليس وارداً في البيع ، كأن يشترط أن يكون المقار المبيع
لم ترفع دعوى استحقاق عنه أو عن جزء منه (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧
ص ٢٢٤ - ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٢ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٤) .
وإذا كان الثمن في البيع إيراداً مرتباً مدى حياة البائع ، ولم يكن ملحوظاً في البيع
شخصية المشتري ، فيلزم أن الشفع يستطيع الأخذ بالشفعة ويلتزم بدفع الإيراد للبائع مدى
حياته ، ولا يودع خزانة المحكمة بعد طلب الشفعة إلا ما يكون مستحقاً من أقساط الإيراد .
ويجوز أن تطلب المحكمة من الشفع كفالة تضمن دفع الإيراد ، كما يجوز للشفيع أن يدفع
لإحدى شركات التأمين رأس مال في مقابل أن تدفع الشركة للبائع أقساط الإيراد مدى حياته .
أنظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز إذا كان الثمن إيراداً مرتباً محمد كامل مرسى ٣ فقرة
٣٢٧ - فورجير ص ١٢٢ - ص ١٢٣ .

ولا يعتبر الأخذ بالشفعة بما يؤخذ فيه بالشفعة ، فاذا طلب الشفع الشفعة ثم سقط حقه
فيها ، وطلب شفع آخر نفس المقار بالشفعة وحكم له بها ، لم يجوز للشفيع الأول طلب
الشفعة مرة أخرى بدعوى أن الحكم بالشفعة للشفيع الثاني يعتبر بما يخوله حقا جديداً في الشفعة .
فالشفعة إذا تمت لشخص ، لم تجز الشفعة من هذا الشفع (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة
١٩٠١ م ١٤ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٥) .

الملكية كالميراث والالتصاق والتقادم لا تجوز فيه الشفعة ، ولا تجوز في أى تصرف قانوني آخر كالوصية والقسمة والصلح والهبة ولو بمعرض والشركة والوفاء بمقابل والمقايضة ولو بمعدل . ويشترط في البيع ، حتى يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، أن يكون موجودا ، فإذا كان غير موجود كالبيع الباطل والبيع الصوري فلا شفعة . ومتى وجد البيع بعد توافر شروط الأخذ بالشفعة وبقي قائما إلى وقت طلبها جاز الأخذ بها ، سواء كان البيع صحيحا نافذا كعقد البيع النهائي وعقد البيع الابتدائي والبيع بالعربون والبيع المعلق على شرط فاسخ والبيع المتقابل فيه ، أو كان صحيحا غير نافذ كالبيع المعلق على شرط واقف ، أو كان غير صحيح ما دام موجودا كالعقد القابل للإبطال .

ويقع على الشفيع عبء إثبات البيع ، وأن هذا البيع قد قام بعد أن توافر في الشفيع شروط الأخذ بالشفعة ، وبقي قائما إلى وقت طلبها^(١) . ولما كان البيع ، بالنسبة إلى الشفيع ، يعتبر واقعة مادية كما قدمنا وهو لم يكن طرفا فيه ، فإن للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات ويدخل في ذلك البيئة والقرائن ، ولو زاد الثمن على عشرة جنيهات كما هو الغالب^(٢) . ولكن الذى يقع في العمل أن الشفيع كثيرا ما يستغنى عن إثبات البيع ، إما بالإقرار الصادر من البائع أو المشتري في الإنذار الرسمي الصادر منه إلى الشفيع متضمنا بيان العقار المبيع والثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري (م ٩٤١ مدني) على

(١) وتنص المادة ١/١١٣٢ مدني عراقى ، في هذا الصدد ، على أنه : لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع . وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن : يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين في المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقا لتاريخ سند تملك المشتري .

(٢) قارن محمد علي عرفة ٢ فترة ٢٦٦ - ويجوز للشفيع ، في إثبات البيع في دعوى الشفعة ، أن يوجه اليمين الحاسمة . فإذا حلفها البائع أو المشتري ، لم يعد للشفيع طريق آخر آخر لإثبات البيع . وليس من الضروري أن يحلف اليمين كل من البائع والمشتري ، فإن أحدهما إذا حلفها انتفى البيع ، إذ لا بد لوجوده من أن يرضى به كل منهما (كفر الشيخ الكلية ٢٦ مايو سنة ١٩٥٢ المجامعة ٣٤ رقم ٢١٠ ص ٤٩٨ - محمد علي عرفة ٢ فترة ٢٦٦ ص ٤٥٠) . ولا يكفي فكول أحدهما عن حلف اليمين ، بل لا بد من فكول كليهما ، إذ الإقرار الذى يتضمنه الفكول لا بد أن يصدر من طرفي البيع فالتابع لا يتم إلا بتراضيهما .

ما سنرى ، أو بتسجيل البيع نفسه إذا لم يوجه للشفيع هذا الإنذار إذ يبقى حقه في الشفعة قائما حتى تنقضى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع (م ٩٤٨ ب مدني) كما سيحيى .

١٧١ - جوانب الاختلاف بالشفعة في البيع غير المسجل : قبل صدور

قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ كان البيع غير المسجل ينقل الملكية إلى المشتري ، ولم يكن التسجيل لازما حينئذ إلا للاحتجاج بالبيع على الغير . فلم يقيم إذ ذاك خلاف فيما إذا كان يصح الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل ، فقد كان هذا البيع يجعل المشتري مالكا فتجتمع فيه صفة المشتري وصفة المالك في وقت واحد . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار من المشتري قبل أن يسجل هذا عقده ، إذ أنه كان يأخذه من مشتري هو في الوقت ذاته مالك . ولما صدر قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ ، أصبح البيع غير المسجل لا ينقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، ولا يترتب عليه إلا نشوء التزامات شخصية . فقام خلاف في أول الأمر فيما إذا كان البيع بعد صدور قانون التسجيل قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد باعتباره بيعا - وليس فحسب لنقل الملكية - إلا إذا سجل . ولكن لما كان البيع غير المسجل يترتب عليه جميع التزامات البائع ومنها الالتزام بنقل الملكية وجميع التزامات المشتري ومنها الالتزام بدفع الثمن ، ولما كان يمكن إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينيا في بيع غير مسجل عن طريق دعوى صحة التعاقد ، فإن هذا الخلاف لم يدم وقتا طويلا . ومالبث الرأي الذي يقول بأن البيع غير المسجل هو عقد بيع كامل ، يتم بالتراضي دون حاجة إلى التسجيل وينشئ جميع الالتزامات التي ينشئها البيع المسجل ، أن تغلب على الرأي الآخر الذي يقول بأن البيع قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل . واستقر الرأي الأول بعد مدة قصيرة في الفقه والقضاء ، ولم يعد أحد ينازع فيه منازعة جدية .

وكان قد تفرع عن الخلاف المتقدم الذكر خلاف آخر يتعلق بالشفعة ، فذهب بعض الفقهاء وبعض المحاكم إلى أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا في البيع المسجل ، ليس فحسب لأن البيع أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل فيما

يذهب إليه من يتوارن بذلك : بل أيضا لسبب خاص بالشفعة حتى مع القول بأن البيع بتي عقدا رضائيا بعد صدور قانون التسجيل . ذلك بأن الشفيع ، في رأى من يقولون بأن الشفعة لا تجوز إلا في البيع المسجل ، إنما يأخذ بالشفعة العقار من تحت يد المشتري إذا أصبح مالكا . فشرط الشفعة عندهم أن تخرج ملكية العقار المشفوع فيه من البائع إلى المشتري ، إذ أن المشتري لا يصبح جارا للشفيع أو شريكا معه في الشيوع فيتضرر الشفيع من جواره أو من شركته ، إلا إذا أصبح المشتري مالكا . فيجب إذن التربص بالشفعة حتى يتحقق الضرر الذى شرعت الشفعة لتفاديه ، أى حتى يصبح المشتري مالكا ، ولا يكون ذلك إلا بتسجيل البيع ، فلا تجوز الشفعة في بيع غير مسجل (١) .

ولكن هذا الخلاف أيضا لم يدم وقتا طويلا ، فان نصوص قانون الشفعة السابق ، وهو القانون الذى قام الخلاف في عهده ، صريحة في أن الشفعة تؤخذ من المشتري ، وهى لا تتكلم إلا عن البيع والبائع والمشتري . ولما كان البيع غير

(١) أنظر مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ - وانظر في استعراض الحجج الأخرى للقائلين بهذا الرأى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٠ . ومن الأحكام التى أخذت بهذا الرأى : استئناف مصر ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٩٥ ص ٣٢٣ - ١٠ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٤ ص ٢١٤ - قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ - مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ - مصر المختلطة ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ٣٠٤ ص ٣٠٣ .

ومن أشد مؤيدى هذا الرأى الأستاذ محمد على عرفة . ونقطة الابتداء عنده أن شرط الشفعة الأساسى ، فيما يرى ، هو خروج العقار المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجاً باتاً . ولذلك يرى أن عقد البيع الابتدائى والبيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيهما بالشفعة لأنهما لا ينتقلان ملكية العقار المبيع فوراً إلى المشتري ، وكذلك يرى أن البيع غير المسجل لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه هو أيضا لا ينتقل الملكية إلى المشتري (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٨ ص ٤٥٧) .

ولكن نصوص القانون لا تسمح بالقول إنه يشترط للأخذ بالشفعة خروج ملكية العقار المشفوع فيه إلى المشتري ، وكل ما تشترطه النصوص هو بيع العقار المشفوع فيه لا نقل ملكيته . وكل من البيع الابتدائى والبيع المعلق على شرط واقف والبيع غير المسجل هو بيع ، وإن لم ينتقل الملكية ، فيجوز إذن الأخذ فيه بالشفعة . والمقرر في مبادئ الشفعة أنه ، في حين أن العقار المشفوع به يجب أن يكون مملوكاً للشفيع فإذا كان سند الشفيع في ملكية هذا العقار هو البيع وجب أن يكون مسجلاً ، لا يشترط في العقار المشفوع فيه إلا أن يكون مبيعاً ، فيكون مبيعاً حتى لو كان البيع لم يسجل .

المسجل ، حتى بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري ، هو بيع كامل كما قدمنا ، فيجوز إذن الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . ونصوص الشفعة في التقنين المدني الجديد لا تقل صراحة في هذا الشأن عن نصوص قانون الشفعة السابق ، بل يتصدر هذه النصوص نص يعرف الشفعة بأنها « رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري » (م ٩٣٥ مدني) ، فالشفعة إذن جائزة في بيع العقار ، ولا يزال بيع العقار « بيعا » ولو لم يسجل . ثم إن الأخذ بالشفعة في بيع غير مسجل يؤدي إلى نفس النتيجة التي يؤدي إليها الأخذ بالشفعة في بيع مسجل ، وهي أن يملك الشفيع العقار المشفوع فيه . فالشفيع في البيع غير المسجل يحل محل المشتري في حقوقه ، ومن هذه الحقوق التزام في ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشتري . فيصبح البائع ملتزما نحو الشفيع ، بعد أن حل هذا محل المشتري ، بنقل ملكية العقار المبيع إليه . ويستطيع الشفيع أن يجبر البائع على تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا ، كما كان يستطيع المشتري . بل إن الحكم بثبوت الشفعة للشفيع ، إذا سجل - ويستطيع الشفيع أن يقوم بتسجيله - ينقل ملكية العقار المبيع فعلا من البائع إلى الشفيع . يضاف إلى ذلك أن التبرص بالشفعة حتى يسجل البيع ، وقد يطول انتظار الشفيع حتى يتم هذا التسجيل ، من شأنه أن يجعل ملكية العقار مقلقلة غير مستقرة مدة غير قصيرة . بل إن المشتري قد يتعبث ، إذا هو أمن جانب البائع ولم يخش منه التصرف في العقار مرة أخرى ، فيبقي البيع دون تسجيل إذ أن أمر التسجيل في يده ، فيعطال بذلك حق الشفيع المدة التي يريد (١) .

(٢) ومن الأحكام التي أخذت بأن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٢ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٠ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٥ - ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٤ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٤ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٠ - مصر الكلية ٢ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٢ - أسبوط الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ - المنصورة الكلية ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٩٥ ص ٨٠٥ - مصر الكلية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ .

هذه الأسباب وغيرها (١) كانت من الرجاءة بحيث لم تجعل الخلاف يديم طويلا كما قدمنا . وما لبث الفقه أن انحاز بنحو إلى الرأي الذى يقول بأن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل (٢) ، ثم مالبث القضاء أيضا أن انحاز إلى هذا الرأي . فقضت محكمة استئناف مصر بدواثرها المحترمة فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ بأن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل ، لأن نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع ، ولأن قانون التسجيل لم ينص على بطلان العقد غير المسجل ، ولأن التسجيل إنما شرع لصالح المشتري وهو بيده فلا يمكن أن يؤثر التقصير فى إجراء التسجيل أو التعمد فى عدم التسجيل من جانب المشتري فى حق ذوى الشأن قبله ، ولأنه إذا قيل بأن الشفع لا يملك حق الشفعة إلا من تاريخ التسجيل نكون قد وسعنا فى حق الشفعة بنضيق مسقطاتها خلافا لنصوص القانون ولطبيعة حق الشفعة باعتباره حقا ضعيفا لا يصح التوسع فيه ، ولأدى ذلك إلى عدم استقرار الملكية فى يد أربابها وهو ما أراد القانون تلافيه بالنص على مسقطات الشفعة ويحصر المواعيد فى إجراءاتها وفى طرق الطعن فى الأحكام الصادرة فيها ، وأخيرا لأنه لا ضرر على المشتري من استعمال الشفع حقه فى الشفعة قبل التسجيل لأن الشفع إنما يحل محله فى البيع بشروطه ، وإنما الضرر فى السماح للمشتري بتعطيل حق الشفعة والتلاعب بأحكام القانون بتأخير تسجيل عقده (٣) . وقد تواترت الأحكام بعد ذلك بهذا المعنى ، واستقر القضاء على هذا المبدأ (٤) .

(١) أنظر فى استعراض الحجج الأخرى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٩ - وانظر فى الرد عليها محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٩ .

(٢) ورواد الفقه فى هذا رأى هم الأستاذ حامد فهمى فى بحثه فى مجلة المحاماة ٥ ص ٧٢٩ وما بعدها ، والأستاذ عبد السلام ذهنى فى كتابه فى الأسرار ص ٦٦٩ - ص ٧٠٨ ، والأستاذ صليب سامى فى بحثه فى مجلة المحاماة ٨ ص ٦٦٨ وما بعدها .

(٣) استئناف مصر (دوائر مجتمة) ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٨ .

(٤) استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ ص (٢٣)

وأكد استقرار القضاء أن محكمة النقض ندرت نفس المبدأ في أحكام متوالية ، وأقرت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة على قضائها . فقضت في ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ بأنه من المقرر أن ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار الذي يشفع فيه ، وأن الشفعة جائزة في العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل ، ولقد سبق للدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف أن بحثت هذا الموضوع على ضوء النصوص الواردة في قانوني الشفعة والتسجيل ، وأصدرت فيه حكما في ٣ من ديسمبر سنة ١٩٢٧ قالت فيه إن حق الشفعة الذي ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، ومحكمة النقض تقر هذا الحكم والمقومات التي أقيم عليها (١) . وقضت أيضا في ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ بأنه يجب ثبوت ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به وقت قيام سبب الشفعة ، أي وقت انعقاد بيع العقار الذي يشفع فيه ، ولا عبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلا (٢) . وقضت كذلك بأنه لا يشترط قانونا في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ (٣) .

ولم يغير التقنين المدني الجديد في هذا الأمر شيئا ، فالججج التي استند إليها الرأي القائل بجواز الشفعة في البيع غير المسجل في عهد قانون الشفعة

= المحاماة ٢١ رقم ٤٢١ ص ١٠١٠ - المنصورة الكلية ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٧ - استئناف مخطط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٩ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ - وعلى المشتري الذي يدعى أن هناك عقد بيع غير مسجل يسبق عقد البيع الرسمي المسجل الذي أخذ فيه الشفيع بالشفعة ، وأنه كان من الواجب على الشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقد الأول غير المسجل ، أن يثبت وجود هذا العقد وأنه صدر في التاريخ المذكور فيه (استئناف مخطط أول يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٩) .

- (١) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ .
- (٢) نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .
- (٣) نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - وانظر أيضا نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ و ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ و ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ في مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٤ رقم ٥٢ و ٥١ و ٥٣ .

السابق لا تزال قائمة في عهد التقنين المدني الجديد . بل إن الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد تزيد هذا الأمر تأكيداً : في ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٧ من محاضر لجنة الأستاذ كامل صدق أجمع أعضاء اللجنة إلا واحداً على عدم النص على اشتراط تسجيل البيع لجواز الأخذ بالشفعة ، وعلى الأخذ بما ذهب إليه قضاء محكمة النقض وسائر المحاكم من أن نقل الملكية والتسجيل ليسا ركناً من أركان البيع وإنما هما أثر من أثاره ، ولذلك لا يجوز جعل تسجيل البيع شرطاً لاستعمال حق الشفعة (١) .

والآن بعد أن استقر القضاء والفقه (٢) على جواز الشفعة في البيع غير المسجل للأسباب الوجيهة التي قدمناها ، بقي أن نلاحظ ما يأتي :

(١) وقد ردد أعضاء اللجنة الحجج التي تساق عادة لتدليل على صحة هذا الرأي . فقيل مثلاً « إن المشتري بموجب عقد غير مسجل لا ينتقصه صفة المشتري » ، وأضيف « أنه كثيراً ما يحدث أن يففل المشتري تسجيل عقده ثقة منه في البائع لتأكيد من أن هذا الأخير لن يبيع العقار مرة ثانية لشخص آخر ، ففي مثل هذه الحالة لا يجب أن يحول عدم تسجيل العقد دون استعمال حق الشفعة » . وقيل أيضاً « إن إلزام المشتري بتسجيل عقده معناه القضاء على حق الشفعة ، إذ أنه ... يمكن القول بأن البيع يولد التزاماً بنقل الملكية ، وهذا الالتزام كاف لتأمين صاحب حق الشفعة من استعمال حقه ولو لم يتم تسجيل البيع . والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى تعطيل استعمال حق الشفعة بفعل المشتري » . أما العضو الوحيد المعارض في اللجنة فقد لاحظ « أن نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين لا يتم إلا بالتسجيل ، وإلى أن يتم التسجيل يجوز للبائع أن يبيع العين مرة ثانية ولا يأمن المشتري الذي لم يسجل عقده بجانب من باع له ، فحق الشفع لا يولد إذن إلا إذا كان هناك نقل للملكية . لذا يتعين اشتراط تسجيل البيع لقيام حق الشفعة » (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٤ - ص ٤٠٥ في الهامش) .

(٢) أنظر في الفقه : شفيق شحاتة فقرة ٢٦٥ - عبد المنعم البدراري فقرة ٤٢٧ - إسماعيل غانم ص ٨١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٢٣٢ - حسن كيرة ص ١٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٣ (جواز الشفعة في البيع الابتدائي وهو بيع غير مسجل) .

وانظر كذلك ذلك وأن الشفعة لا تجوز إلا في البيع المسجل محمد حل مرة ٢ فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٠ . ويشير الأستاذ محمد علي صرفة إلى ما يؤدي إليه الرأي القائل بجواز الشفعة في البيع غير المسجل من نتائج غير مقبولة في نظره ، فيبرز النتيجة الآتية : (١) إذا تقابل البائع والمشتري قبل تسجيل العقد ولكن بعد طلب الشفعة لم يصح التقابل ، ويجبر البائع على المضي في البيع بالرغم من عدوله عنه وتقابلته مع المشتري ، ولكن يمضي في البيع مع الشفع لا مع المشتري . ولا نرى أن هذه نتيجة غير مقبولة ، فالمقرر في الشفعة أن كل تصرف يصدر من المشتري إلى الغير يعد تسجيلاً -

١ - لم يكن هناك بد من القول بجواز الشفعة في البيع غير المسجل ،
ما دما نقول بجواز الشفعة في العقد الابتدائي . فالعقد الابتدائي ، والشفعة
جائزة فيه كما قدمنا (١) ، ما هو إلا عقد بيع غير مسجل .

٢ - إذا كان التسجيل لا يشترط في البيع للأخذ بالشفعة ، فإن ثبوت
تاريخ البيع أيضا لا يشترط ، وقد رأينا محكمة النقض تقول إنه لا يشترط

- طلب الشفعة لا يسرى في حق الشفيع . فإذا كان التصرف صادراً إلى البائع نفسه - والتقابل
تصرف صادر إلى البائع - فإن هذا التصرف لا يسرى في حق الشفيع إذا كان صادراً بعد
طلب الشفعة . وذلك بأن البائع الصادر إليه التصرف ليس من الغير حتى يشترط أن يكون التصرف
صادراً بعد تسجيل طلب الشفعة ، بل يكفي أن يكون صادراً بعد طلب الشفعة لا تسجيلها حتى
لا يسرى في حق الشفيع . والقول بنير ذلك هو الذي يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ، إذ
لو سلمنا بأن تقابل البائع مع المشتري بعد طلب الشفعة يسرى في حق الشفيع ، لأمكن للبائع
والمشتري أن يتواطأ على إضاعة حق الشفعة . فإنهما إذا رأيا أن الشفيع طلب الشفعة ، تقايلا
حتى يضيّع على الشفيع حقه . (٢) من مقتضى القول بثبوت الشفعة في البيع غير المسجل أن
الشفيع ، إذا توالى البيوع ، يضمن عليه أن يتابع سلسلة المشتري المتعاقدين حتى قبل تسجيل
عقد المشتري الأصل . وفي هذا عت على الشفيع ، إذ يصبح مفروضاً عليه تتبع كل البيوع
المسترة التي يمتد بها المشتري الأول ومن يخلفه حتى تصح شفته قانوناً . ولا نرى أن هذا
يلقى على الشفيع عبثاً ثقيلاً ، فالمقرر الآن في التقنين المدني الجديد أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة
في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إنذار البائع أو المشتري له بالبيع . فاعلى الشفيع إلا أن ينتظر
هذا الإنذار ، سواء صدر من المشتري الأول أو من أحد المشتري المتعاقبين بعد المشتري الأول ،
فيأخذ بالشفعة في البيع المذكور في الإنذار فتصح شفته في هذا البيع . فإذا خطر للمشتري الذي
أرسل الإنذار أن يبيع العقار مرة ثانية بعد إرسال الإنذار - وهذا أمر بعيد الاحتمال - فإن
الشفيع لا تضيّع عليه شفته في هذا البيع الجديد ، إذ يجب على المشتري الجديد هو أيضا أن
ينذر الشفيع بالبيع الجديد ، فيفتح باب جديد للشفعة بطلبها الشفيع في خلال خمسة عشر يوماً
من هذا الإنذار الأخير . وهكذا نرى أن الشفيع لا بد أن يعلم ، عن طريق الإنذار ، بكل بيع
جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، فلا يضيّع عليه حقه في الشفعة في هذا البيع .

والذي يقع عملاً أن الشفيع يتربقب أمرين حتى يحافظ على حقه في الشفعة : إما أن يصله
إنذار بالبيع من المشتري أو من البائع فيستعمل حقه في الشفعة عقب هذا الإنذار في الميعاد
القانوني ، أو أن يسجل المشتري البيع فيعرف الشفيع عن طريق التسجيل بوقوع البيع وله
أربعة أشهر من وقت التسجيل لاستعمال حقه في الشفعة . وليس في كل هذا كبير عت ،
إذا أراد أن يستعمل حقاً استثنائياً كحق الشفعة .

في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ (١) .
 ذلك بأن الشفع لا يعتبر من الغير لا في الصورية ولا في ثبوت التاريخ ، فإذا
 واجبه المشتري بعقد بيع غير ثابت التاريخ ، كان هذا التاريخ حجة عليه إلى
 أن يثبت عكسه . فإذا كان التاريخ العرفي لعقد البيع سابقا على تاريخ تملك
 الشفع للعقار المشفوع به ، لم يحز للشفيع أن يتمسك بأن هذا التاريخ غير
 الثابت لا يحنج به عليه ، وبأن عقد البيع يجب أن يكون ثابت التاريخ وسابقا
 على تملك الشفع للعقار المشفوع به حتى لا يكون للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة .
 بل للمشتري أن يتمسك ، بالتاريخ العرفي لعقد البيع وهو التاريخ السابق على
 تاريخ تملك الشفع للعقار المشفوع به ، وأن يحنج به على الشفع حتى يسلبه
 الحق في الأخذ بالشفعة . ولكن للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن
 التاريخ العرفي لعقد البيع قد قدم غشا ليكون سابقا على تملك الشفع للعقار
 المشفوع به ، بقصد حرمانه من الأخذ بالشفعة (٢) . ويرجع ذلك ، لافحسب
 إلى أن الغش هنا يسوغ إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة بجميع الطرق ،
 بل يرجع أيضا إلى أن البيع يعتبر بالنسبة إلى الشفع واقعة مادية كما قدمنا (٣) ،
 فله أن يثبت واقعة البيع ويتضمن ذلك تاريخها بجميع الطرق (٤) .

٣ - وإذا كان لا يشترط في بيع العقار المشفوع فيه أن يكون مسجلا
 للأخذ بالشفعة ، فعلى العكس من ذلك يشترط ، إذا كان سند الشفع في ملكية
 العقار الذي يشفع به عقد بيع ، أن يكون هذا البيع مسجلا . ذلك بأن الشفع

(١) نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٢ وهو
 الحكم السابق الإشارة إليه .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٧ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩ - عكس ذلك عبد المنعم
 البدرأوى فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٠٧ في آخرها .

(٤) قارن مع ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه يلزم توافر أسباب الأخذ
 بالشفعة لدى الشفع قبل حصول البيع المترتب على الشفعة ، وهذا يقتضي أن يكون تاريخ
 هذا البيع ثابتا ثبوتيا كائنا كانا للاحتجاج به على الشفع وحده كما لو ذكر في ورقة رسمية ،
 وعندئذ يعد تاريخ هذه الورقة الرسمية تاريخا له ، بما أن طرق إثبات التاريخ غير مبينة على
 سجل المحضر (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩) .

لا يشفع إلا بعقار يملكه كما سنرى (١) ، وهو لا يملك العقار المشفوع به عن طريق البيع إلا إذا كان هذا البيع مسجلاً . ويخلص من ذلك أنه في حين أن بيع العقار المشفوع فيه لا يشترط أن يكون مسجلاً ، يشترط على العكس من ذلك أن يكون بيع العقار المشفوع به مسجلاً وأن يكون التسجيل سابقاً على انعقاد بيع العقار المشفوع فيه .

١٧٢ - الأنظر بالشفعة عند توالي البيع - نص قانوني : تنص

المادة ٩٣٨ مدني على ما يأتي :

« إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني ، وبالشروط التي اشترى بها » (٢) . ويفرض هذا النص بيعاً قد توالى ، ويحدد في أي بيع منها يأخذ

(١) أنظر مايل فقرة ١٨٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٤ - ص ٤٠٠) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق م ٩ : العين الجائز أخذها بالشفعة ، إذا باعها مشترها قبل تقديم طلب بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور في المادة الرابعة عشرة الآتية ، لا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشتري الثاني بالشروط التي اشترى بها . (وحكم قانون الشفعة السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٧ : إذا اشترى أحد عقاراً تجوز الشفعة فيه ، ثم باعه قبل أن يدعى الشفع بالشفعة ، سقطت شفعتها ، وتجددت له شفعة على المشتري الثاني . (وحكم التقنين العراقي متفق في مجموعة مع حكم التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٠ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تم التفرع عن المشفوع لشخص ثالث بعيده في السجل العقاري قبل تقديم دعوى الشفعة ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها . (والقانون اللبناني يشترط للأخذ بالشفعة من المشتري الثاني أن يكون البيع الصادر لهذا المشتري الثاني قد قيد في السجل العقاري قبل أن يرفع الشفع دعوى الشفعة على المشتري الأول) .

الشفيع بالشفعة . ولتبسيط المسألة نفرض أن المالك باع عقاره لمشتري ، ثم ان هذا المشتري باع العقار لمشتري ثان ، فهل يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الأول أو في البيع الثاني ؟ ويستوى في هذا الفرض أن يكون المشتري الأول قد سجل عقده قبل أن يبيع للمشتري الثاني أو لم يسجل ، وإن كان الغالب في العمل أن المشتري الأول لا يبيع للمشتري الثاني إلا بعد أن يكون قد سجل عقده . ويستوى كذلك أن يكون المشتري الثاني قد سجل عقده أو لم يسجل ، فقد قدمنا أن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل .

وموجب النص سالف الذكر على السؤال المتقدم بالتميز بين حالتين :
 (الحالة الأولى) أن يكون المشتري الأول لم يبيع العقار للمشتري الثاني إلا بعد أن طلب الشفيع الشفعة في البيع الأول وسجل هذا الطلب . ففي هذه الحالة لا يسرى البيع الصادر من المشتري الأول للمشتري الثاني في حق الشفيع ، إذ تنص المادة ٩٤٧ مدني كما سنرى على أنه « لا يسرى في حق الشفيع . . أي يبيع صدر من المشتري ولا . . إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة » . ومعنى أن البيع الثاني الصادر بعد تسجيل طلب الشفعة لا يسرى في حق الشفيع أن الذي يسرى في حقه هو البيع الأول وحده . وعلى ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة في هذا البيع الأول بالشروط الواردة فيه ، والمفروض أنه سجل طلب الشفعة في هذا البيع فيمضي في إجراءات الشفعة إلى غايتها (١) . . وذلك لا يمنعه ، إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن يتزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ، ويطلبها في البيع الثاني في مواعيد هذا البيع وبشروطه (٢) .

(١) نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٨٤٢ ص ٨٦٤ - استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٣٢ ص ٤٣٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٦ - إسماعيل غانم ص ٨٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقار المشفوع فيه مبيعاً مع شرط اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا في الشراء بعد تسجيل إعلان الرغبة ، ولا يسقط حقه في الشفعة لإدخالهم في الدعوى بعد الميعاد (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٨٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٨ ص ٤٧٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥ .

(الحالة الثانية) أن يكون المشتري الأول باع العقار للمشتري الثاني قبل أن يسجل الشفع طلب الشفعة في البيع الأول (١) . ففي هذه الحالة يكون هذا البيع الثاني سارياً في حق الشفع ، لأنه صدر قبل تسجيل طلب الشفعة ، وكل تصرف يصدر من المشتري قبل تسجيل طلب الشفعة يسرى في حق الشفع (مفهوم المخالفة من المادة ٩٤٧ مدني) (٢) . وما دام هذا البيع الثاني يسرى في حق الشفع ، فإنه يكون قد فسخ البيع الأول الذي لم يأخذ فيه الشفع بالشفعة أو أخذ بها ولكن لم يسجل طلبه قبل صدور البيع الثاني . وعلى ذلك لا يستطيع الشفع أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول المنسوخ ، وكل ما يستطيعه هو أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني الذي يبقى وحده قائماً بعد أن نسخ البيع الأول ، ويكون أخذه بالشفعة في هذه الحالة في مواعيد البيع الثاني وبشروطه ، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٣٨ مدني سالفه الذكر (٣) . وما دام الشفع

(١) يقول نص المادة ٩٣٨ مدني كما رأينا : « . . . ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة » . ومعنى ذلك أن يكون البيع الثاني حاصلًا قبل إعلان رغبة الشفع في الأخذ بالشفعة ، أو إذا صدر هذا الإعلان من الشفع فقبل تسجيله . وبعبارة أخرى يجب أن يكون البيع الثاني صادراً قبل تسجيل إعلان الرغبة ، سواء صدر هذا الإعلان فعلاً ولم يسجل ، أو لم يصدر أصلاً فلا يتصور أن يكون قد سجل . وكان الأول من ناحية الصياغة أن يكون النص كما يأتي : « . . . ثم باعها قبل تسجيل رغبة الشفع في الأخذ بالشفعة » (أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٨٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦) .

(٢) ولا يشترط أن يكون البيع الثاني ثابت التاريخ ، فالتاريخ العرفي كاف إذا كان سابقاً على تسجيل طلب الشفعة . وللشفع ، وهو ليس من الغير في ثبوت التاريخ ، أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفي وأنه قدم غشاً ليكون سابقاً على تسجيل طلب الشفعة (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٧ - أنظر عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٣ ص ٤٩٢ - ص ٤٩٣) .

(٣) وقد يبيع المشتري الأول جزءاً مفزوعاً من العقار المبيع ويستبقى الجزء الآخر ، فللشفع في هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة الجزء المبيع للمشتري الثاني وحده وبشروط البيع الثاني ، وأن يأخذ الجزء الذي استبقاه المشتري الأول وحده وبشروط البيع الأول ، وذلك لأن الصفقة قد تفرقت (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩) . ويشترط في الحالتين أن تتوافر شروط الشفعة في الجزء المطلوب أخذه ، فإذا ترتب على التجزئة أن أصبح جزء لا يتنازع فيه شروط الشفعة لم يجز أخذه (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧) .

يأخذ بالشفعة في البيع الثاني دون البيع الأول ، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثاني لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة لأي سبب ، امتنع على الشفيع الأخذ بها حتى لو كان البيع الأول يجيزها . ذلك بأن الشفيع يطلب الشفعة في البيع الثاني ولا شفعة فيه ، ولا يستطيع طلب الشفعة في البيع الأول بعد أن نسخه البيع الثاني (١) . وعلى ذلك إذا كان البيع الثاني صادرا من المشتري الأول إلى زوجه أو أحد من أقاربه أو أصهاره ممن لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة ، أو كان المشتري الأول بدلا من أن يبيع العقار وهبه أو قايض عليه ، لم يستطع الشفيع الأخذ بالشفعة ، فقد فاته الأخذ بها في البيع الأول وامتنع عليه الأخذ بها في التصرف الذي صدر من المشتري الأول (٢) .

أما إذا باع المشتري الأول جزءا شائعا من العقار ، سقط لغيره بباقي العقار شائعا ، لم يجز للشفيع أن يشفع في جزء شائع دون الجزء الآخر ، بل يجب عليه أن يطلب الشفعة في كل العقار ، بشروط البيع الثاني في الجزء الشائع الذي باعه المشتري الأول ، وبشروط البيع الأول في الجزء الشائع الذي استبقاه هذا المشتري . وذلك لأنه لو سح للشفيع أن يفرق الصفقة في هذا الفرض ويأخذ بالشفعة جزءا شائعا دون الجزء الآخر ، لاضطر مالك هذا الجزء الآخر أن يقبل الشفيع شريكا معه في الشيوع . أنظر نقض منى ٣ أبريل سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٦ ص ٨١٩ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٥٢ م ١٤ ص ٢٧٤ - ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٢ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٥ - ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٧ ص ٥٠٤ - محمد علي هرة ٢ فقرة ٢٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧ . ورفع دعوى الشفعة على المشتري الأول بعد أن باع هذا لمشتري ثان يصححه تدخل المشتري الثاني في الدعوى المرفوعة ، ولا حاجة لرفع دعوى جديدة على هذا المشتري الثاني (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٤) .

(١) وبالرغم من وضوح هذه المسألة ، نرى لجنة الأستاذ كامل صدق قد ناقشتها مناقشة طويلة اختلفت فيها الآراء ، ولكنها انتهت إلى النتيجة المنطقية التي ذكرناها (أنظر محاضر جلسات ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ و ٤ فبراير سنة ١٩٣٨ و ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ - ص ٤٠٤ في الهامش - وقارن محمد علي هرة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٤) .
(٢) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٨٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٥ - إسماعيل خانم ص ٨٦ - ص ٨٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ - حسن كيرة ص ١٨ - أنظر عكس ذلك وأن الشفيع يأخذ بالشفعة في البيع الأول إذا كان البيع الثاني لا يجوز فيه الأخذ بالشفعة ولكن بشروط البيع الثاني محمد علي هرة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٦ .

وقد يكون التصرف الذي صدر من المشتري الأول ، كبيعه العقار لأحد أقاربه أو هبته للعقار ، تصرفاً صورياً قصد به التحايل لمنع الشفعة . فيجوز للشفع حيثئذ أن يثبت بجميع الطرق (١) صورية التصرف (٢) ، وعند ذلك يكون هذا التصرف غير موجود فلا ينسخ البيع الذي صدر من المالك للمشتري الأول ، ويستطيع الشفع أن يأخذ بالشفعة في هذا البيع الأول بشروطه وفي مواعيده (٣) . أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري الأول بيعاً جدياً وتجاوز فيه الشفعة ، فلا يؤخذ بالشفعة إلا فيه كما قدمنا . ويجب على الشفع في هذه الحالة أن يوجه طلب الشفعة إلى كل من المشتري الأول والمشتري

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ - ويجوز توجيه التمييز الخاصة إلى المشتري الثاني لإثبات صورية البيع الثاني (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٨) . وقد قضى بأن كون المشتري الثاني أما أو اختاً أو أخاً لمن باع لا يكتفى وحده لاعتبار العقد صورياً ، ولا كون البيع الثاني قد تم بشئ أعلى بكثير من الثمن في البيع الأول (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢) . ومن القرائن حل الصورية أن يتم البيع الأول والبيع الثاني في يوم واحد (إسماعيل غانم ص ٨٧) .

(٢) وهذا ما تردد القول به غير مرة في مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقي . فقليل مثلاً إن السبيل ممد في هذه الحالة لإثبات صورية البيع الثاني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ في الهامش) . وقيل أيضاً بوجوب « أن يطرح جانباً الفرض الذي يكون فيه البيع الثاني بيعاً صورياً ، إذ أن في الوسخ إثبات الصورية أمام القاضي ، كما أن الفسخ لا يكسب حقاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٧ في الهامش) . وقيل كذلك « يتمين في حالة البيع الحاصل لأحد الأشخاص الذين نصت عليهم المادة . . منع استعمال حق الشفعة . . على أن يظل الشفع الذي أصابه ضرر في حل دائماً من أن يتسكك بمبدأ أن الفسخ يفسد كل شئ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٢ في الهامش) . واقترح أخيراً إقرار النص الآتي : « وإذا لم يسجل إعلان الرغبة في الشفعة الحاصل في المهاد إلا بعد تسجيل (٢) البيع الثاني ، وجب على الشفع أن يستعمل حقه تبعاً لشروط التي تم بها البيع الثاني . ويجوز للشفع ، في حالة الفسخ ، أن يستعمل حقه طبقاً لشروط البيع الأول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ في الهامش) .

(٣) استئناف وطني ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٧٢ ص ١٥٤ - المنصورة الكلية أول فبراير سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ رقم ٢٢ ص ٤٣ - استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٣ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥١٣ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٧٥ ص ٤٨٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ ص ٤٧٦ - حسن كيرة ص ١٨ .

الثاني ، دون البائع للمشتري الأول ، لأن الشفعة إنما تطلب في البيع الثاني المبرم ما بين المشتري الأول والمشتري الثاني لا في البيع الأول المبرم ما بين البائع والمشتري الأول (١) . والأخذ بالشفعة في البيع الثاني يكون ، كما قدمنا ، في مواعيد هذا البيع وبشروطه ، ولا يعتد بشروط البيع الأول (٢) . فإذا كان الثمن في البيع الثاني أعلى من الثمن في البيع الأول ، كان على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة هذا الثمن الأعلى (٣) ، وكذلك إذا كان ثمن البيع الثاني هو الأدنى كان الثمن الأدنى هو الواجب لإبداعه (٤) .

ولا عبرة بتسجيل البيع في كل ذلك كما قدمنا ، فقد يكون البيع الأول

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي في البيع الثاني اختصاص المشتري الثاني والبائع له في دعوى الشفعة ، أما اختصاص البائع الراسل فلا يكون لازما (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - وانظر أيضا نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧١ ص ١٠٩٠) . وانظر استئناف وطني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٢١ ص ٢٣ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - استئناف أسبوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ الحاماة ٢٥ رقم ٧٣ ص ١٩٩ - استئناف مخطط ٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٨ - أول مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ١٤ ص ٢٤٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٧ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٢ ص ٥٠٠ - ٥٠١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٩١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ .

(٢) استئناف مخطط أول مايو سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية المخططة ٢٧ ص ٢٧٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ .

(٣) وقد أكد أحد أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدقي ضرورة حماية المشتري ، إذ لا يتصور أن يحرم هذا المشتري من حقه في بيع العقار الذي اشتراه بالثمن الذي يراه مناسبا ، والذي له مطلق الحرية في تحديده كما يشاء حتى يسجل طلب الشفعة . وأضاف أن هذا الثمن هو الذي يجب على الشفيع أدائه ، وإن زاد عن الثمن المتفق عليه في البيع الأول (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠١ في الهامش) .

(٤) ولا يكون المشتري الأول ملزما بالضمان إذا نزع العقار من المشتري الثاني بسبب الشفعة (استئناف مخطط ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٧٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٦) . كذلك لا يكون المشتري الأول مسئولاً نحو الشفيع إذا هو باع العقار الذي اشتراه ، دون أن يقصد بهذا البيع الإضرار بالشفيع (استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٣) .

غير مسجل وكذلك البيع الثاني ، ومع ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الثاني بالرغم من أنه غير مسجل (١).

§ ٢ - البيع الذي لا يجوز الاحتياز فيها بالشفعة

١٧٣ - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٩ مدني على ما يأتي :

« لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة » (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط قانونا في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بمقتد مسجل أو ثابت التاريخ ، ولذا يجب توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني ولو لم يكن عقده مسجلا ، متى ثبت أن البيع له قد تم قبل تسجيل طلب الشفعة (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣) - وانظر استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ ١٩٢ م ص ١٦٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢١٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٧ / ١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني عن طريق الإدارة أو القضاء . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٢ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت عبارة « عن طريق الإدارة أو القضاء » في البند (أ) بعبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » ، ووافقت مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٩ كما عدلت لجنة . وفي لجنة مجلس الشيوخ لوحظ أن عبارة « وقت لإجراءات رسمها القانون » الواردة في البند (أ) لا تفيد معنى البيع بالمزاد العلني الجبري ، لأن البيع قد يحصل بالمزاد العلني وفق لإجراءات رسمها له قانون المرافعات ، فأجيب بأن المقصود بهذه العبارة كفالة علانية البيع ، فوافقت اللجنة على العبارة ملاحظة أن عبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » يدخل فيها كل بيع بمزاد علني يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء في ذلك البيع الإداري أو القضائي . وأضيفت إلى البند (ب) عبارة « أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » نظراً لأن صلتهم لا تنقل في غالب الأحيان من صلة الأقارب ، وقد رؤى التوقف عند الدرجة الثانية توخياً لتطبيق . وذلك تحقيقاً لفكرة المقصودة من النص ، وهي استبعاد الأجنبي عن اعتبار أن الصفقة هائلة . واقترح في خصوص البند (ج) التنويه في الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن ينحصر المقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح ، ووافقت على النص دون هذا التعديل تحت رقم ٩٣٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلت لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ - ٤٠٩) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ٣ و ٦ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل ، وفي التقنين المدني الليبي م ١/٤٩٣ ، وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣٤ ، وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٤ وم ٢٥٤ (٢) .

(١) قانون الشفعة السابق م ٣ : لاشفعة فيما بيع بالزيادة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا أولئزع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء . وكذلك لاشفعة فيما بيع بين الأصول وفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة .

م ٦ : لاشفعة فيما بيع ليحمل محل عبادة أو يُلحق به .
(والتقنين المدني الجديد يختلف عن قانون الشفعة السابق فيما يأتي : (١) لم يقصر بيع المزداد العلني على المزداد الجبري وقسمة التصفية كما فعل قانون الشفعة ، بل عمم النص فجعله يشمل كل مزاد علني يتم وفقاً لإجراءات رسبها القانون فيدخل المزداد العلني الاختياري . (٢) وسع حلقة الصلة العائلية التي لا يؤخذ فيها بالشفعة وذلك تضييقاً لاستعمال هذا الحق ، فد القراية إلى الدرجة الرابعة بدلاً من الدرجة الثالثة التي وقف، عندها قانون الشفعة ، وأضاف المصاهرة لغاية الدرجة الثانية) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١/٩٤٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٤ : لاتسع دعوى الشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالزيادة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة . (ب) إذا وقع البيع بين الزوجين ، أو بين الأصول والفروع ، أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة . (ج) إذا كان المقار قد بيع ليحمل محل عبادة أو يُلحق بمحل عبادة ، وسجل بدائرة الطابور على هذا الوجه . (د) . . (هـ) . . (و) . . (و) يختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أمرين : (١) لا يمنع التقنين العراقي الشفعة في المزداد العلني الاختياري ، ويمنعها التقنين المصري . (٢) لا يجعل التقنين العراقي المصاهرة مانعة من الأخذ بالشفعة ، ويجعلها التقنين المصري مانعة لغاية الدرجة الثانية) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٢ / ٢٤٤ (مدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لاتسع دعوى الشفعة في المقايضة للمقاربة ، وفي البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الأخوة والأخوات . م ٢٤٥ (مدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لاشفعة لتوقف ، ولان البيع الحاصل بالمزداد العلني عن طريق الإدارة أو القضاء . (والقانون اللبناني يختلف عن القانون المصري في أمور ثلاثة : (١) لا يمنع القانون اللبناني الشفعة في المزداد العلني الاختياري ، ويمنعها التقنين المصري . (٢) لا يتوسع القانون اللبناني في القراية المانعة من الشفعة فيقصرها فيما يعلق بالحواشي على الإخوة والأخوات ويمدها التقنين المصري إلى الدرجة الرابعة ، ولا يجعل القانون اللبناني المصاهرة مانعة من الشفعة ويجعلها التقنين المصري مانعة لغاية الدرجة الثانية) . (٣) لا يمنع القانون اللبناني الشفعة فيما بيع ليخصص محلاً لعبادة أو يُلحق به ، ويمنعها التقنين المصري في ذلك) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك موانع من الأخذ بالشفعة تتعلق بالبيع الذي يؤخذ بها فيه . وموانع الشفعة غير مسقطاتها ، فالمانع يلغى الشفعة ابتداء ، أما المسقط فيلغى الشفعة بعد أن تقوم . فاذا باع زوج لزوجته عقارا ، قام هنا مانع من الأخذ بالشفعة ، فلا تقوم الشفعة منذ البداية . وإذا نزل الشفع عن الشفعة ، أو لم يأخذ بها في مواعيدها المقررة ، أو لم يراع الإجراءات المرسومة لها ، أو انقضت أربعة أشهر منذ تسجيل البيع دون أن يأخذ بها ، فإن الشفعة تسقط انتهاء بعد أن قامت ابتداء . وهذه الضوابط تغنينا عن حصر موانع الشفعة ومسقطاتها ، فحيث لا تقوم الشفعة ابتداء في بيع عقار فهناك مانع ، وحيث تضيع الشفعة بعد قيامها فهناك مسقط .

وموانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، كما هي ظاهرة من النص سالف الذكر ، ترجع إلى اعتبارات مختلفة . منها ما يرجع إلى الطريقة التي تم بها البيع ، ويتحقق هذا في البيع الذي جصل بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون . ومنها ما يرجع إلى العلاقة فيما بين البائع والمشتري ، فقد تكون علاقة عائلية لا تسمح بأن يقتحمها أجنبي ويأخذ العقار المبيع بالشفعة ، ويتحقق هذا في البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة . ومنها ما يرجع إلى الغرض الديني الذي أعد له العقار المبيع ، ويتحقق هذا في العقار المبيع لجعل محل عبادة أو ليلحق به .

وليس ماورد في النص سالف الذكر هي كل موانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، فهناك موانع أخرى متناثرة في تشريعات مختلفة (١) . من ذلك ما نصت عليه

(١) هذا إلى قيام اعتبارات أخرى في بعض البيوع تتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية تستوجب حماية صغار المزارعين . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برفض دعوى الشفعة ، أقام قضاءه على أن التصرف الصادر من المظنون عليها الأول إلى المظنون عليه الثاني ليس بيماء تجوز فيه الشفعة ، وإنما هو تصرف ذو طابع خاص ، روعي فيه إشار التصرف إليه بالأولوية في شراء الأطنان المبيعة موضوع طلب الشفعة ، لاعتبارات منها ما يتعلق بشخص المتصرف إليه لقيامه باصلاح الأرض المتصرف له فيها ، ومنها ما يتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية ترمي إلى رفع مستوى صغار المزارعين وتوفير أسباب العيش لهم والتشجيع على إصلاح الأراضي البور ، فضلا عن أن الثمن المسعى بالعقد لا يمثل حقيقة قيم المبيع المبيعة وقت البيع ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون . ذلك بأن القضاء بالشفعة

المادة ٩ من قانون الإصلاح الزراعى من أن « توزع الأرض المستولى عليها في كل قرية على صغار الفلاحين ، بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعا لحودة الأرض » . ثم تضيف الفقرة الأخيرة من المادة نفسها : « لا يجوز أخذ الأراضى التى توزع بالشفعة » . والحكمة فى منع الشفعة هنا واضحة ، فهذه أراض مقسمة إلى قطع صغيرة ، تبيعها الحكومة لصغار الفلاحين بأثمان زهيدة مقسطة أقساطا طويلة الأجل وبشروط معينة ، بغية رفع المستوى الاقتصادى لمعيشة صغار الفلاحين ، فلو أبحنا الشفعة فى مثل هذا البيع لضاع الغرض الأساسى الذى يهدف الإصلاح الزراعى إلى تحقيقه ، ولتزعت هذه الأراضى بالشفعة من أيدي طائفة من الفلاحين قصد القانون حمايتها . وكذلك قضت المادة الرابعة من قانون الإصلاح الزراعى بوضع حدود لتصرف المالك فى الأرض التى يملكها وتكون زائدة على الحد الأقصى الحائز تملكه ، فيجوز للمالك التصرف فى هذا المقدار الزائد لأولاده فيما لا يزيد على مائة فدان ، ولصغار الفلاحين فيما لا يزيد على خمسة أفدنة لكل مشتر ، ولخريجي المعاهد الزراعية فيما لا يزيد على عشرين فدانا لكل منهم . ثم تقضى المادة ٤ مكررة من قانون الإصلاح الزراعى بأنه لا يجوز أن تؤخذ بالشفعة الأرض المتصرف فيها على الوجه المبين فى المادة ٤ سالفه الذكر . وحكمة منع الشفعة هنا أيضا واضحة ، فقد قصد القانون أن يكون التصرف لفئات معينة ، منها الأولاد والشفعة ممنوعة فى شأنهم من الأصل ، ومنها صغار الفلاحين ، ومنها خريجو المعاهد الزراعية ، وذلك كله بأقدار معينة . فإباحة الشفعة ، وانتزاع الأرض من أيدي هذه الفئات ، يضيع على المشروع غرضه . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها من أن العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتي تتصرف فيها طبقا لأحكام هذا القانون لا يجوز أخذها بالشفعة . والحكمة فى منع الشفعة هنا هى نفس الحكمة التى قدمناها فى التشريعات السابقة ، إذ التصرف فى هذه العقارات إنما يكون

فى هذه الحالة يتناقى مع طبيعة العقد ، وفيه تفويت للأغراض المقصودة منه (نقض مدن ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزه أول ص ٧١٦ رقم ٦٠) .

لفئات معينة من صغار الملاك روعيت فيهم شروط واعتبارات خاصة ، فيضيق على المشرع غرضه لو أخذ هذه العقارات بالشفعة (١) .
ونستعرض الآن الموانع الثلاثة من الشفعة المذكورة في المادة ٩٣٩/١ مدني سالفة الذكر .

١٧٤ - البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون : رأينا أن المادة ٩٣٩/١ مدني تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة « إذا حصل البيع بالمزاد العلني ، وفقا لإجراءات رسمها القانون » . فيشترط إذن لمنع الشفعة امران : (١) أن يكون البيع بالمزاد العلني . (٢) وأن يجري وفقا لإجراءات رسمها القانون . ويتوافر هذان الشرطان في البيوع الآتية :

١ - بيع بالمزاد العلني الجبري أمام القضاء ، بناء على طلب الدائنين لترع ملكية عقار مدينهم لاستيفاء حقوقهم من ثمنه . فهذا دون شك بيع بالمزاد العلني ، ويجري وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٢ - بيع بالمزاد العلني أمام القضاء لعقار شائع لا تمكن قسمته عينا دون ضرر ، وهذا ما يسمى بقسمة التصفية (licitation) . وقد نصت المادة ٧١٨ مرافعات في هذا الصدد على أن « العقار المملوك على الشيوع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجري بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع بودعها قلم كتاب المحكمة المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء » . وهذا أيضا بيع بالمزاد العلني ، يجري وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات (أنظر المواد ٧١٨ - ٧٢٠ و ٧٢٣ مرافعات) ، فلا تجوز فيه الشفعة .

(١) يضاف إل ذلك أيضا أن الشفعة لا تجوز في بيع يكون من شأنه أن يزيد ما يملكه الشفيع من الأراضي الزراعية على الحد الأقصى الذي يسمح به قانون الإصلاح الزراعي . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى تبين أن الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتي فدان ، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة في هذه الحانة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي التي تقضي بإعلان كل عقد ترتبت عليه مخالفة ما نصت عليه تلك المادة من عدم جواز زيادة ملكية الفرد هل مائتي فدان لتعلق حكم هذه المادة بقاعدة من قواعد النظام العام . ولا محل للاستناد إلى القانون رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٥٦ الذي أجاز للأفراد أن يملكوا أكثر من مائتي فدان من طريق الميراث

٣ - بيع الدولة لأملاتها الخاصة بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المقررة في التشريعات الخاصة بذلك . فهذا بيع بالمزاد العلني أمام جهة الإدارة . يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة (١) .

٤ - الحجز الإداري وبيع العقار المحجوز عليه لاستيفاء الضرائب بمختلف أنواعها وفقا لإجراءات قررتها تشريعات الضرائب (٢) ، فهذا أيضا بيع بالمزاد العلني ، أمام جهة الإدارة . يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٥ - بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب بالمزاد العلني ، أمام جهة القضاء . وتنص المادة ٧١٢ مرافعات في هذا الصدد على أن « بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب ، بطريق المزايعة ، يجرى بناء على قائمة شروط البيع التي يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة وكيل الدائنين

= أو الوصية أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية غير العقود ، وأباح لهؤلاء أن يتصرفوا فيما زاد على المائتي فدان خلال سنة من كسب الملكية غير مقيدتين بالقيود التي نص عليها قانون الإصلاح الزراعي في خصوص من يملكون أكثر من مائتي فدان وقت صدوره . وذلك لأن حكم الشفعة وإن كان سببا مستقلا لكسب الملكية ، إلا أنه يأخذ حكم العقد ، إذ يحكم الشفعة تصرف آثار عقد البيع إلى الشفع ، لأن الملكية في حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل إرادى من جانب الشفع ، وهو ما هدف المشرع إلى تحريره إذا كان الشفع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتي فدان ، وإن في إباحة تملك ما يزيد على مائتي فدان بالشفعة تحايلا على أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . أما الوصية والميراث وما جرى مجراها من أسباب كسب الملكية ، فإن الأمر فيهما يتم بغير سعي من جانب من آلت إليه الملكية (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٩٨) .

(١) ويستثنى من ذلك بيع مصلحة الأملاك لعقاراتها بالمزاد بشرط مصادقة وزير المالية ، فتجوز الشفعة في هذا البيع (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) . وعلى العكس من ذلك لا تجوز الشفعة في بيع مصلحة الأملاك لأرض بطريق المزاينة ضمن روعي في تقديره اعتبارات خاصة . متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين ، ويعتبر البيع في هذه الحالة مترواحاً بين البيع والهبة والتمليك ، لأن تقدير الثمن قراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخص المشتري من ناحية ، وبمصالح عيا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى ، وكل ذلك لا يمكن تقديره ضمن (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٣٠ - وانظر نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكاتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٦ رقم ٦٠ اتفاقا فقرة ١٧٣ في الهامش) .

(٢) أنظر فيما يختص بالحجز الإداري القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ .

أو النائب عن عديم الأهلية أو الغائب . ويجرى البيع وفقا لإجراءات رسمها
تقنين المرافعات في المرات ٧١٣ - ٧١٧ م . فهنا أيضا بيع بالمزاد العلني أمام
جهة القضاء ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون : فلا يجوز فيه الشفعة .

٦ - بيع العقار المثقل بتكاليف عينية فيما اختاريا بالمزاد العلني ، أمام
جهة القضاء . وتنص المادة ٧٢٢ مرافعات في هذا الصدد على أنه : يجوز لمن
ملك عقارا مقرا عليه حقوق امتياز أو اختصاص أو رهون رسمية أو حيازية ،
لم يحصل تسجيل تنبيه بترع ملكيته ، أن يبيعه أمام القضاء ، بناء على قائمة
بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة . ويجرى البيع وفقا للإجراءات
التي رسمها تقنين المرافعات لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب ، فيما
عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع . فهنا البيع بيع اختياري
بالمزاد العلني ، يجرى أمام القضاء وفقا لإجراءات رسمها القانون : فلا تجوز
فيه الشفعة (١) .

(١) أنظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق في محضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ ،
حيث لاحظ أحد الأعضاء « أن المادة ٧١٠ من قانون المرافعات المخطط (وهي المقابلة
للمادة ٧٢٢ مرافعات جديد) الواردة في باب الحجز العقاري تعرض لحالة بيع العقار المثقل
بحقوق لصالح دائنين ، وأن هذه المادة وإن كانت تحول المالك حق طلب بيع عقاره عن طريق
القضاء ، إلا أنه يجب أن يكون المقصود من هذا البيع هو تخليص العين من حقوق مقررة عليها
لصالح أجنبي ، حتى يتسنى للمالك أن يطلب هو نفسه بيع عقاره ليحصل على أقصى ثمن تبقى له منه
بقية بعد سداد ديونه . فثل هذه الحالة تدخل في نطاق المزاد العلني ، ولما كان البيع يحصل عن
طريق القضاء وبطريقة علنية ، فالرأي عدم جواز استعمال حق الشفعة في مثل هذا البيع » .
وقال عضو آخر : « إن تقصى الأسباب التي حدثت بالشارع إلى وضع هذا النص (القاضي
بمنع الشفعة في البيع بالمزاد العلني) يهدينا إلى أنه رعى إلى تحقيق مصلحة اقتصادية تهدف إلى بيع
العين المبينة بأعلى ثمن ممكن ، فعلاية البيع وإجراءات المزايدة كفيلا في نظره بتسكين كل
راغب في الأخذ بالشفعة من التدخل في المزاد لشراء العين » . وعقب عضو ثالث بأنه « لا محل
لتقرير الشفعة في مثل هذه الحالة ، مادام أن البيع علني ومباح للجميع » (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ في الهامش) - وأنظر أيضا محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٧ - عبد المنعم
فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٥٩ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وغنى عن البيان أن البيع بالمزاد
العلني الذي يمنع فيه الأخذ بالشفعة يستوى الأمر فيه أن يكون جبريا أو اختياريًا ، فإن حكمة
المنع متوافرة في الفرضين : إذ يستلزم الشفع أن يدخل في المزاد » (مجموعة الأعمال التحضيرية
٦ ص ٤٠٧) - وأنظر أيضا ما دار من المناقشات في لجنة مجلس الشيوخ في خصوص منع
الشفعة حتى في البيع الاختياري وفي « كل بيع بالمزاد العلني يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون
سواء في ذلك البيع الإداري أو القضائي » آنفا فقرة ١٧٣ في الهامش .

فهذه جميعا ييوع عقارية بالمزاد العلني ، تقع أمام القضاء أو أمام جهة الإدارة ، وتكون جنزية أو اختبارية ، لاستيفاء ديون أو لتصفية عقار شائع أو لمجرد بيع العقار مع إحاطة البيع بضمانات كافية ، وتجرى كلها وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء كان هذا القانون هو تقنين المرافعات أو أى تشريع آخر . والمهم فى كل ذلك أن يكون هناك ، كما قدمنا ، بيع بالمزاد العلني يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون (١) .

ومن ثم يخرج من هذا النطاق ، فتجوز فيه الشفعة ، الحالتان الآتيتان (٢) :

(١) ولم يكن قانون الشفعة السابق بهذا الوضوح ، فقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٣ منه تجرى على الوجه الآتى : « لاشفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا ، أو لتزاع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء » . وقد اختلفت المحاكم ، فى عهد هذا القانون ، فى تفسير هذا النص . فبعض ذهب إلى وجوب الرجوع إلى الأصل الفرنسى لهذا النص ، ومنه يتبين أن هناك حالتين منفصلتين إحداهما عن الأخرى : حالة البيع الذى يجرى بالمزاد أمام جهة الإدارة كما إذا باعت إحدى الجهات الإدارية عقاراً مملوكاً لها ملكية خاصة بالمزاد العلني فلا شفعة فى هذا البيع ، وحالة البيع الذى يجرى بالمزاد أمام القضاء لتزاع الملكية جبراً بواسطة الدائنين أو لعدم إمكان قسمة العقار بين الشركاء فلا شفعة أيضاً فى هذا البيع (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢ - أسبوط الكلية استئناف ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ - استئناف مخطوط ١٨ يوفيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٣) . وذهب بعض المحاكم الأخرى إلى وجوب التزام النص العربى ، وأنه يمكن أن يقع بيع بالمزاد العلني أمام جهة الإدارة لتزاع الملكية قهراً ، إذ أن الجهات الإدارية تنزع ملكية العقارات لاستيفاء الضرائب كما تنفذ أحكام النفقات الصادرة من المحاكم الشرعية (مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩) . أنظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٥ - عبد المنعم البدرارى فقرة ٤٣٩ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٣٣٤ - ص ٣٣٥ .

(٢) وكانت هناك حالة قبل إلغاء المجالس الحبية ، وحتى حالة بيع عقار القاصر أو المحجور عليه لاذى كان يقع أمام هذه المجالس . وقد قضت محكمة النقض بأن البيوع التى ترخص المجالس الحبية للأوصياء أو القوام فى إجرائها ليست من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى منعت المادة الثالثة من قانون الشفعة من الاستشفاع فيها ، لأن الشارع لا يعنى بهذه البيوع إلا البيوع التى تباشرها الجهة القضائية أو الإدارية المختصة وفقاً للقواعد وإجراءات معينة قانوناً تضمن العلانية والعمانية لحماية ذوى الحقوق ، ثم توهمها حتى لمن يرسو عليه المزايد (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٣ ص ١٠٧١ - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ - استئناف أسبوط ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٣٠ ص ٣١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢٨) .

١ - بيع المالك لعقاره بيعا حرا بالمزاد العلني ، دون أن يتقيد في ذلك بالإجراءات والشروط التي قررهما تقييد المرافعات للبيوع الاختيارية التي تجري بالمزاد العلني (انظر م ٧٢٢ مرافعات) . فقد يعتمد المالك إلى بيع عقاره ، ولو لم يكن مثقلا بتكاليف عينية ، بالمزاد العلني . ويجري في ذلك وفقا لإجراءات يضعها هو ^(١) ولا يتقيد فيها بالقانون ، قاصدا بذلك أن يحصل على أعلى ثمن ممكن لعقاره . فهذا البيع ، وإن كان بالمزاد العلني ، لم يجر وفقا لإجراءات رسمها القانون . فلا تحوطه ضمانات كافية ، ويستطيع المالك أن يجري البيع ، كما يشاء وبالطريقة التي تروقه ، بل يستطيع ألا يرسى المزاد على أعلى مزايد إذا اشترط ذلك مقدما . ومن ثم تجوز الشفعة في هذا البيع ، لأنه لم يجر وفقا لإجراءات رسمها القانون ^(٢) .

٢ - بيع المالك عقاره بالمظاريف ، فتقدم العطاءات في مظاريف مغلقة ، ولا يعلم أحد من المتقدمين للشراء بالعطاءات التي قدمها الآخرون . فهذا البيع لا تتوافر فيه العلانية ، ولا يزايد أحد على آخر فيها ، بل الكل يتقدمون بعطاءات سرية ليست نتيجة للمزايدة بين المتقدمين ، فلا يمكن اعتباره بيعا بالمزاد العلني . وحتى لو رسم له القانون إجراءات معينة ، وأجرى البيع وفقا لهذه الإجراءات ، فإنه يكون بيعا جرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، ولكنه لا يكون بيعا بالمزاد العلني ، ومن ثم تجوز فيه الشفعة ^(٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه تجوز الشفعة في البيع الذي أجراه الحارس على أموال الرعايا الألمان بالمزاد ، لأن هذا المزاد لم يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون كما تتطلب ذلك المادة ٩٣٩ مدني ، إذ أن الحارس ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقة على التنازل الراسي به المزاد ، وعلى حقه في إلغاء البيع بدون إبداء أسباب . وهذه شروط تنطق بأن مثل هذا البيع ، ولو أنه يتم بالمزاد ، إلا أنه لا يتفق مع ما هو منصوص عليه قانونا بشأن البيوع الجبرية ووجوب رسو المزاد فيها حتما على صاحب آخر عطاء بدون مصادقة أحد » (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) .

(٢) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٥٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٦ ص ٥٤٧ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون الشفعة تنص على منع الشفعة فيما بيع بالمزايدة ، ومقصود الشارع من النص هو البيع بالمزاد طبقا لإجراءات وقواعد معينة قانونا تتضمن علانية العطاءات من جهة وإيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر من جهة -

فلا بد إذن ، لامتناع الأخذ بالشفعة ، أن يكون البيع بالمزاد العلني ، وأن يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون . والحكم في امتناع الأخذ بالشفعة في البيع على الوجه المتقدم تتمثل في أمور ثلاثة : (١) لما كان هذا البيع يجرى بالمزاد العلني وفقا لإجراءات تكفل له الضمانات الكافية والعلانية التامة ، فمن اليسير على الشفيع أن يعلم بأمره . وما عليه إذا أراد أخذ العقار إلا أن يدخل في المزاد ، فيحصل عليه من طريق لا يحتاج فيه إلى الشفعة ، التي هي حق استثنائي يعطى بقدر الضرورة . (٢) لو أجاز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، لامتنع كثير من الدخول في المزاد خشية الأخذ بالشفعة ، فنع الشفعة إذن يوفر لهذا البيع دخول أكبر عدد ممكن من المزايد ، والحصول على أعلى ثمن ممكن . (٣) إلقاء الشفيع ، إذا أراد أخذ العقار ، إلى الدخول في المزاد

= أخرى ، بحيث يمكن للشفيع إذا كانت له رغبة في المبيع أن يشترك في المزايدة ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزاد . ولما كان بيع أراضي الحكومة خرة بطريق المظاريف ليس فيه من علانية المعاملات ما يسمح لأغلب الشراء بتابعة الزيادة ، ثم لما كان وقوع البيع لصاحب المعطاء الأكبر غير مكفول لما هو محتفظ للحكومة من الحق المطلق في قبول أو رفض أى معطاء ، ولوجوب اعتماد وزير المالية للبيع في كل حال ، فالبيع بطريق المظاريف ليس هو البيع بالمزايدة ، فتجوز فيه الشفعة (نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة عمره رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠) . وانظر أيضا في هذا المعنى أسيرط استثنائي ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ - مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البيع بالمزاد أمام جهة الإدارة الذي لا تجوز فيه الشفعة هو البيع الذي يحصل وفقا للإجراءات المنصوص عليها في دكرينو ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ ودكرينو ١٦ مارس سنة ١٩٠٠ للوصول بطريق الملكية نزع الملكية قهراً إلى الحصول على الأموال المتأخرة ، وليس بيع المقاربات الخاصة بالملوكة للدولة الذي يقع بطريق المظاريف بناء على إعلان للجمهور ووفقا لشروط المنشور الوزاري المؤرخ ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ فإن هذا البيع ، وإن جرى أمام جهة الإدارة ، ليس إلا بيما اختياريا ولا يصير تاما إلا إذا وافقت عليه الحكومة (استئناف مختلط ١٨ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٨٠) . وانظر أيضا استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٢ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٤ . وانظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقي في هذا الخصوص في محضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ في الهامش) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٩ - عبد المنعم البناوى فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٢٣٤ - ص ٢٣٥ - حسن كيرة ص ١٤ .

من شأنه أن يصل بالثمن إلى حد أكبر من أعلى عطاء يتقدم به المزايديون ،
إذ لا بد للشفيع من أن يزيد على هذا العطاء الأعلى حتى يرسو عليه المزاد (١) .

١٧٥ - البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة :

رأينا (٢) أن المادة ٩٣٩ (ب) مدني تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة
« إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب
لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » . ومنع القانون الشفعة
هنا لاعتبار في المشتري ، فإذا باع المالك عقاره لمشتري متصل به صلة وثيقة من
الزوجية أو القرابة أو المصاهرة ، فإن هذا البيع لا بد أن يكون قد لوحظت
فيه شخصية المشتري ويغلب أن المالك ما كان يبيع عقاره لسواه ، لذلك لا يجوز
للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة وينتزع من يد المشتري . وقد عدد القانون على
سبيل الحصر فئات معينة يمتنع الأخذ منها بالشفعة ، وهذه هي :

١ - بيع الزوج لزوجته ، أو بيع الزوجة لزوجها ، ففي هذا البيع
أو ذاك لا يجوز الأخذ بالشفعة (٣) .

٢ - بيع المالك لفروعه مهما نزلوا ، أو لأصوله مهما علوا ، فلا تقيد
القرابة هنا بدرجة معينة . فإذا باع الأب (أو الأم) عقاره لابنه أو لبنته أو
لابن ابنه أو لبنت ابنه أو لابن بنته أو لبنت بنته ، مهما نزل الفرع ، فإن
الشفعة لا تجوز . كذلك إذا باع الابن (أو البنت) عقاره لأبيه أو لأمه أو
لأبي أبيه أو لأم أبيه أو لأبي أمه أو لأم أمه ، مهما علا الأصل ، فإن الشفعة
أيضا لا تجوز .

٣ - بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة ،
وقد كان قانون الشفعة السابق (م ٣) يقتصر في المنع على الدرجة الثالثة ،
فقد التقنين المدني الجديد المنع إلى الدرجة الرابعة تضييقا للأخذ بالشفعة (٤) .

(١) أنظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٥١ .

(٢) أنظر آتفا فقرة ١٧٣ .

(٣) أما بيع المالك لمطلقة أو المطلقة لزوجها السابق ، أو بيع الخطيب لخطيبته أو الخطيبة
لخطيبها ، فتجوز فيه الشفعة (عبد المنعم فرج العصابة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢) .

(٤) أنظر آتفا فقرة ١٧٣ في الهامش .

وحساب درجة الحواشي نصت عليه المادة ٣٦ مدني إذ تقول : . . . وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة ، (١) . ومعنى ذلك أن الأخ يعتبر بالنسبة إلى أخيه في الدرجة الثانية ، إذ أن الأصل المشترك للأخوين هو الأب ، فيحسب الأخ درجة ، ومنه نصل إلى الأب وهو الأصل المشترك فلا يحسب ، ثم نترل من الأب إلى الأخ الآخر فيحسب هذا أيضا درجة . فهاتان درجتان . ويكون البيع الصادر من الأخ لأخيه أو لأخته ، أو الصادر من الأخت لأخيها أو لأختها ، بيعا لا تجوز فيه الشفعة . ويعتبر العم بالنسبة إلى ابن أخيه في الدرجة الثالثة ، إذ أن الأصل المشترك هو الجد ، فيحسب العم درجة ، ومنه نصل إلى الجد وهو الأصل المشترك فلا يحسب ، ثم نترل من الجد إلى ابن الأخ بدرجتين ، للأخ درجة ولابنه درجة ثانية ، فيكون مجموع الدرجات ثلاثا . وقل مثل ذلك عن العمة والخال والحالة ، ويكون البيع الصادر من العم أو العمة أو الخال أو الحالة لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لابن أختها بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الثالثة ، فلا تجوز فيه الشفعة . وكذلك لا تجوز الشفعة في البيع الصادر من ابن الأخ لعمه أو ابن الأخت لخاله وهكذا ، لأن البيع واقع أيضا بين أقارب من الدرجة الثالثة . ويعتبر ابن العم بالنسبة إلى ابن عمه في الدرجة الرابعة ، إذ أن الأصل المشترك بينهما هو الجد ، فنصل من ابن العم إلى الجد بدرجتين ، ولا نحسب الجد ، ثم نترل من الجد إلى ابن العم الآخر بدرجتين ،

(١) وهذا هو عين ما كان القضاء يأخذ به في حساب الدرجات قبل صدور اثنين مدني الجديد (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقد قضى بأن القرابة المانة من الشفعة مسألة مدنية متفرعة عن دعوى الشفعة ، وتدخّل في صميم اختصاص المحكمة المنظورة أمامها دعوى الشفعة ، احتراماً للمبدأ القائل بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع . والقول بغير هذا الرأي يترتب عليه أنه كلما عرّضت مسألة القرابة في دعوى من الدعاوى التي لا يمكن النعل فيها إلا بشروطها ، كدعوى رد الخبراء ورد انقضاء ورد الشهود ، وجب على القضاء أن يتفّ الدعوى حتى يفصل من قضاء الأحوال الشخصية فيها ، وهو ما لا يمكن التسليم به ، وفيه اعتداء على سلطة القضاء العادي من جهة ، وتمطيل لمصالح المتقاضين من جهة أخرى (ملهما ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحزمة ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣) . وانظر استئناف وطني ١٤ يونيو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢١ ص ٤٧ .

فيكون مجموع الدرجات أربعة . ويكون البيع الصادر من ابن العم لابن عمه
بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الرابعة ، فلا تجوز فيه الشفعة . وكذلك قل
عن بنت العم وابن العم وابن الخال وبنت الخال وابن الخالة وبنت الخالة ،
كل هؤلاء أقارب من الدرجة الرابعة ، فالبيع الذي يقع بينهم لا تجوز فيه
الشفعة (١) . ولكن البيع الواقع بين الشخص وابن ابن عمه يكون بيعا واقعا
بين أقارب من الدرجة الخامسة ، فتجوز فيه الشفعة .

٤ - بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية . وقد كان قانون
الشفعة السابق لا يمنع الشفعة في البيع الواقع بين الأصهار أصلا (٢) . ومنعها
التقنين المدني الجديد بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية كما قدمنا ، « نظرا لأن
صلتهم لا تقل في غالب الأحيان عن صلة الأقارب » ، وقد روى الوقوف
عند الدرجة الثانية توخيا للتضييق ، وذلك تحقيقا للفكرة المقصودة من النص
وهي استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة عائلية » ، كما قبل في لجنة مجلس
الشيوخ وهي التي استحدثت هذا النص (٣) . ولحساب درجة المصاهرة يرجع
إلى المادة ٣٧ مدني ، وهي تنص على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون في
نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » . فالزوج يعتبر في الدرجة
الأولى ، من ناحية المصاهرة ، بالنسبة لأبي زوجته أو لابن زوجته من زوج
آخر ، لأن كلا من أبي الزوجة وابنتها يعتبر بالنسبة إليها في الدرجة الأولى ،
فكذلك يعتبر كل منهما في الدرجة الأولى بالنسبة إلى الزوج . وعلى ذلك
يكون البيع الصادر من الزوج لأبي زوجته أو أبي الزوجة للزوج ، وكذلك
البيع الصادر من الزوجة لأبي زوجها أو الصادر من أبي الزوج للزوجة ، كل

(١) وقد قضى بأنه إذا بيع عقار على الشيوع لعدة أشخاص ، وكان من بينهم شخص قريب
لبائع لغاية الدرجة الرابعة ، فامتنت الشفعة بالنسبة إليه ، امتنت الشفعة أيضا بالنسبة إلى
باقي المشترين حتى لا تجزأ الصفقة (سوهاج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم
١٢٨ ص ١٨١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، تطبيقا لذلك ، بجواز الشفعة في حالة البيع من
الأب لزوجته ابنة أو من الأم لزوج بنتها (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧
ص ١٠٠) .

(٣) أنظر آندا فقرة ١٧٢ في الهامش .

هذا بيع صادر بين الأصهار من الدرجة الأولى : فلا تجوز فيه الشفعة . وأخو الزوجة يعتبر في الدرجة الثانية ، من ناحية المصاهرة ، بالنسبة إلى الزوج ، لأن أخا الزوجة يعتبر بالنسبة إليها في الدرجة الثانية فكذلك يعتبر في نفس الدرجة بالنسبة إلى الزوج . فالبيع الصادر من الزوج لأخى زوجته ، أو الصادر من أخى الزوجة للزوج ، يعتبر بيعا واقعا بين أصهار من الدرجة الثانية ، فلا تجوز فيه الشفعة . أما البيع الصادر من الزوج لعمة الزوجة مثلا ، وعم الزوجة يعتبر في الدرجة الثالثة بالنسبة إلى كل من الزوجة والزوج ، فإنه بيع تجوز فيه الشفعة لأن درجة المصاهرة هنا تجاوزت الدرجة الثانية .

والحكمة في منع الشفعة في الأحوال المتقدم ذكرها هي ، كما قدمنا ، أن المشتري روعيت فيه اعتبارات خاصة . - يجوز للشفيع أن ينتزع العقار المبيع من تحت يده ، أو كما قلت - مجلس الشيوخ « هي استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة عائلية » (١) . ولكن لا يفهم من ذلك أن الشفيع ، في البيوع المتقدم ذكرها ، يأخذ بالشفعة لو كان هو أيضا أحد أقارب البائع . فإن هذه البيوع بمنع فيها الأخذ بالشفعة أصلا للاعتبارات الخاصة بشخص المشتري ، حتى لو كان الشفيع في نفس درجة قرابة المشتري (٢) ، بل وحتى لو كان أقرب منه إلى البائع . فلو صدر البيع من ابن العم لابن عمه لم يحز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، لأنه بيع بين أقارب من الدرجة الرابعة كما قدمنا . ويستوى في ذلك أن يكون الشفيع أجنبيا ، أو يكون ابن عم آخر للبائع أي في درجة المشتري ، أو يكون أقرب إلى البائع من المشتري كأن يكون زوجا أو ابنا أو بنتا أو أبا أو أما أو أخا أو أختا . ومهما دنت قرابة الشفيع من المالك ، فإن البيع لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة أصلا (٣) ، ولذلك

(١) أنظر آتفا فقرة ١٧٣ في الهامش - ويغلب أيضا أن يكون بيع المالك لزوجته أو لأحد من أقاربه أو أصهاره من الدرجة المتقدم ذكرها جهة مستترة في صورة بيع أثر بها المالك لزوجته أو لقربيه أو صهره ، أو في القليل فيما حوى فيه المشتري فدفع ثمنا أقل بكثير من قيمة العقار المبيع (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٦٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بعدم جواز الأخذ بالشفعة في الحالة التي يكون فيها المشتري والشفيع كلاهما من أولاد البائع ، لأن هذا النوع من البيع وإن لم يكن في الحقيقة هبة ، ففيه محاباة لا يصح أن يستفيد منها إلا الشخص المقصود بها دون غيره (استئناف وطني ٨ أبريل سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٩ ص ٢٠٢) .

(٣) أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٣٠ ص ٥٥١ - عهد النعم فرج الصدة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢ .

لا محل هنا للمفاضلة بين الشفيع والمشتري كما تقع المفاضلة فيما بين الشفعاء المتعددین فيما سئری .

١٧٦ - العقار قد یباع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة : رأينا (١) أن المادة ٩٣٩ (ج) مدنی تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة ، إذا كان العقار قد یباع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة . فمنع القانون الشفعة هنا لاعتبار دینی قدمه على مصلحة الشفيع ، وقد كان هذا هو الحكم أيضا فی قانون الشفعة السابق (م ٦) .

فاذا باع المالك أرضه لمشتري بقصد أن یخصص المشتري الأرض لبناء مسجد فوقها ، أو ليلحقها بمسجد قائم لتوسيع المسجد أو لتكون دورة للمياه مثلا أو لتكون مقصورة تخصص للنساء إذا اتین المسجد للصلاة أو نحو ذلك ، فهنا یكون العقار قد یباع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ، فلا تجوز الشفعة فی هذا البیع ، حتی لا یضیع على المشتري غرضه الدینی الذي أراد أن يحققه . وإذا ادعى الشفيع أن الغرض المذكور فی البیع من أن العقار قد یباع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به غیر مطابق للحقیقة ، وإنما هو قد ذكر تهربا من الشفعة ومنعا للأخذ بها ، فعلى الشفيع أن یطلب الشفعة فی مواعيدها ، وأن یثبت أن سبب البیع المذكور فی العقد لا صحة له ، وله أن یثبت ذلك بجميع الطرق .

ولا یقتصر الأمر فی محل العبادة على الدين الإسلامی ، بل هو یتناول كل دين آخر من الأديان المعروفة . فیتناول المنع من الشفعة كل دور العبادة ، كالمساجد والكنائس والبیع والحاخامات وغيرها من المعابد . ولكنه لا یتناول عقارا یباع لغرض دینی آخر غیر العبادة ، كعقار یباع ليجعل دارا لتحفیظ القرآن أو معهدا دینیا أو مقرا لجمعية دینیة (٢) .

كذلك لا یتناول المنع عقارا یباع ليجعل مدرسة أو مبرة أو ملجأ أو مستشفى أو مصحة أو مؤسسة اجتماعية من أى نوع كان ، ویمحوز فی هذا البیع الأخذ بالشفعة . وقد تقدم فی هذا الصدد اقتراح من أحد أعضاء لجنة

(١) أنظر آتفا فقرة ١٧٣ .

(٢) محمد حل مرة ٢ فقرة ٢٣٤ .

مجلس الشيوخ للجنة يرمى إلى « التسوية في الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية ، حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن يحدد من العقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح » (١) .

المطلب الثاني

وجود شفيع

١٧٧ - مسألتاه : وقد قدمنا (٢) أن شروط الأخذ بالشفعة تتلخص في أمرين : بيع عقار ووجود شفيع . وقد بحثنا في العقار ، وننتقل الآن إلى وجود الشفيع .
وهناك مسألتان نبهتُهما في صدد وجود الشفيع : (١) من هم الشفعاء . (٢) تعدد الشفعاء وتزاحمهم .

§ ١ - من هم الشفعاء

١٧٨ - صفة الشفيع وشروطه : وفي تحديد من هم الشفعاء نبين :
(١) من تثبت له صفة الشفيع . (ب) الشروط الواجب توافرها في الشفيع .

(١) من تثبت له صفة الشفيع

١٧٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٦ مدني على ما يأتي :

« يثبت الحق في الشفعة » :

- (١) « لمالك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه » .
- (ب) « للشريك في الشيوع ، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » .
- (ج) « لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها » .
- (د) « لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة » .

(١) أنظر آتفا فقرة ١٧٣ في الماش .

(٢) أنظر آتفا فقرة ١٦٥ .

(هـ) « للجار المالك في الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى . (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٣ من المشرع التمهيدى على الوجه الآتى : « يثبت الحق في الشفعة : (أ) لملك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبته ، سواء تناول البيع كل الحق أو بعضه . (ب) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقبة أو بعضها . (ج) للشريك في الشيوع إذا بيعت حصة أو أكثر في العقار لأجنبي . (د) لملك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة . (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى . (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار في أحوالها الثلاث « أخذا بما يراه بعض الفقهاء انشعابين من أن الجوار ليس سببا من أسباب الأخذ بالشفعة » ، وذكر في المحضر عدم انطباق الفقرة (د) الخاصة بالحكر على الوقف ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٨ في المشرع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أعيدت شفعة الجار مفيدة ، وذلك بإضافة الفقرة (هـ) على الوجه الآتى : (هـ) للجار المالك في الأراضي الزراعية إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاق ، وكانت قيمة أرض تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٥ . وفي مجلس النواب احتدمت المناقشة في شفعة الجار (أنظر ما سبق ذكره في هذا الصدد آنفاً فقرة ١٦٤ في الهامش) ، وانتهت إلى إضافة شفعة الجار في جميع أحوالها الثلاث وتعديل النص بحيث أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ١٠٠٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أعيدت مناقشة الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار ، فرأى أحد الأعضاء « حذفها أو الأخذ بنص لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الذي قصر الشفعة بالنسبة للجار المالك على الأراضي الزراعية ، وذلك لأن علاقة الجوار قد تقلص ظلها ولم يعد لها أى اعتبار » ، ورأى عضو آخر « حذف الشفعة في الأراضي الزراعية وإبقائها في المباني » ، ورأى رئيس اللجنة الإبقاء على نص مجلس النواب من غير تعديل ، فوافقت اللجنة بأغلبية الآراء على النص كما عدله مجلس النواب ، وأصبح رقمه ٩٣٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٧ - ص ٣٨٥) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ٢١ و ٢١(١) .

ويتأهل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لامقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٠ - وفي التقنين المدني العراقي
م ١١٢٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٩ (٢) .

(١) - قانون الشفعة السابق م ١ : يثبت حق الشفعة لمن يأتي : (أولاً) للشريك الذي له
حصة شائعة في العقار المبيع . (ثانياً) للجار المالك في الأحوال الآتية : إذا كان العقار المشفوع
من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء كانت في المدن أو في القرى - إذا كان للأرض
المشفوعة حق ارتفاع على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض
المشفوعة إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى الثمن نصف من
ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

م ٢ : يعد شريكاً في العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه ،
وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه .

(و نصوص قانون الشفعة هذه توافق في مجموعها نصوص التقنين المدني الجديد ، ويزيد
التقنين المدني الجديد على الشفاء مالك الرقبة والمحتكر) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٠ : يثبت الحق في الشفعة : (أ) لملك الرقبة إذا بيع كل حق
الانتفاع الملاصق لها أو بعضه . (ب) للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى
أجنبي . (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملاصقة لهذا الحق أو بعضها .
(ولا يعطى التقنين الليبي حق الشفعة للجار أصلاً) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٩ : تثبت الشفعة : (أولاً) للشريك في العقار الشائع .
(ثانياً) للخليط في حق ارتفاع للعقار المبيع . (ثالثاً) للجار الملاصق في الحالتين الآتيتين :
(أ) إذا كان العقاران المشفوع والمشفوع به من البور أو من الأراضي المعدة لبناء الدور .
(ب) إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاع على عقار الجار ، أو كان للجار حق ارتفاع على
العقار المبيع .

م ١١٣٠ : ١ - يعتبر الشريك في أرض حائط في حكم الشريك في نفس العقار ،
وبأن في مرتبة بعد الشريك في الشيوع مباشرة . ٢ - وإذا كان السفل والعلو لشخصين
مختلفين ، اعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري
فيما يأتي : (١) لا يعطى للجار حق الشفعة في الحالة الثالثة من أحوالها . (٢) يعطى الشفعة
للخليط (الشريك) في حق ارتفاع للعقار المبيع . (٣) يعتبر الشريك في أرض مقام عليها
بناء في حكم الشريك في العقار كله) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٩ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) :

يثبت الحق في شفعة : (١) لملك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبته ، سواء تنازل -

ويخلص من النص سالف الذكر أن المشرع استهدى باعتبارات ثلاثة لإثبات صفة الشفيع ، منها اعتبار غريب عن الفقه الإسلامى ، واعتبار مختلف فيه فى هذا الفقه . وهذه الاعتبارات هى :

(الاعتبار الأول) هو لم شتات الملكية بعد تفرقها ، وهذا الاعتبار هو الغريب عن الفقه الإسلامى ، وكان مع ذلك اعتبارا مسلما به فى قانون الشفعة السابق (م ٢ من هذا القانون) ، وكان اعتبارا أساسيا لاستبقاء الشفعة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى (١) . ويتمثل هذا الاعتبار فى إثبات صفة الشفيع لمالك الرقبة حتى يلم شتات الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة ، وفى إثبات صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع حتى يلم شتات الملكية

بالبيع كل الحق أو بعضه . (٢) للشريك فى الشيوع إذا بيعت حصة أو أكثر فى العقار الشائع من أجنبى . (٣) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقبة أم بعضها . (٤) لمالك الرقبة فى المحكر أو السطحية أو الإيجاريتين أو الإجارة الطويلة المبنية المنصوص عليها فى القرار رقم ١٢ ل.ر. الصادر فى ١٦ كانون الثانى سنة ١٩٣٤ . (٥) للجار الملاحق المالك ، إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره ، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع ، أو كان لعقاره وللعقار المبيع اشتراك فى ملكية الطريق الخاص أو الحائظ أو فى حق الشرب الخاص . (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق .

(ويختلف القانون اللبنانى عن التقنين المصرى فيما يأتى : (١) لا يعطى لجار حق الشفعة إلا فى حالة حق الارتفاق أو الاشتراك فى حائط أو طريق خاص أو شرب خاص . (٢) يعطى لمالك الرقبة حق الشفعة فى السطحية والإيجاريتين والإجارة الطويلة والإجارة المبنية) .

(١) ذكر أحد أعضاء هذه اللجنة ، فى بداية الأمر ، « أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة سواء لمالك الرقبة أو لصاحب حق الانتفاع ، لانعدام المصلحة العملية فى ذلك ، إذ أن حق الانتفاع نظام فادر التطبيق فى مصر » . فعارض أعضاء آخرون هذا رأى ، ورأوا « الإبقاء على حق الشفعة لصالح كل من مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع لجميع الحقيقين فى شخص واحد » . وقال رئيس اللجنة « إنه لا يؤيد رأى القائل بانقضاء حق الشفعة ، ذلك الحق الذى يقضى على كثير من المنازعات بجميع عناصر الملكية المجزأة فى شخص واحد » . وبعد المناقشة وافقت اللجنة بالإجماع على استبقاء حق الشفعة لمالك الرقبة ، وبالأغلبية على استبقائه لصاحب حق الانتفاع . ثم تسأل أحد الأعضاء عما إذا كان حق الشفعة يسرى كذلك بالنسبة إلى المحتكر ، فأجاب الرئيس بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة للمحتكر ، لأن المحتكر يفترض وجود وقت ، وأشار مع ذلك إلى حالة بعض المستحكرين المرخص لهم فى البناء على أرض الغير واقترح منح هؤلاء حق الشفعة فى الأرض التى أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا الاقتراح (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ فى الماش) .

بضم الرقبة إلى حق الانتفاع ، وفي إثبات صفة الشفع لكل من مالك الرقبة إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة وهذا ما استحدثه التقنين المدني الجديد « جمعاً لما تفرق من حق الملكية ، وإبتغاء لوسيلة جديدة ينهى بها حق الحكر وهو حق غير مرغوب في بقائه » (١) .

(والاعتبار الثاني) هو إبعاد الأجنبي من أن يفتح نطاق الشركاء في الملكية الشائعة والتقليل من عدد مؤلاء الشركاء كلما أمكن ذلك ، فثبت للشريك في الشيوع صفة الشفع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي وهذا الاعتبار هو المسلم به اتفاقاً ، سواء كان ذلك في الفقه الإسلامي أو كان في التشريعات المتعاقبة الخاصة بالشفعة في التقنين المدني السابق وفي قانون الشفعة السابق وفي التقنين المدني الجديد .

(والاعتبار الثالث) هو منع مضايقات الجوار . فثبتت صفة الشفع للجوار المالك في أحوال ثلاث . وهذا الاعتبار يختلف فيه في الفقه الإسلامي ، فالحنفية هم الذين يسلمون به ، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فلا تعتبر الجوار سبباً للأخذ بالشفعة . وقد كان هذا الاعتبار محلاً للمناقشة في لجنة الاستاذ كامل صدقي ، فأيده بعض الأعضاء وعارضه بعض آخر (٢) . وجعل المشروع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٤ .

(٢) وقد عارض مقرر اللجنة في إعطاء حق الشفعة للجوار « وذلك رغم الاعتبارات التي استند إليها في تأييد هذا الحق والتي ترجع في أصلها إلى تقاليد تاريخية وأخرى دينية فندما تفصيلاً في تقريره ، إذ أن حق الشفعة ينطوي على اعتداء صارخ على حق الملكية الذي من خصائصه الأساسية حرية التصرف » . وعقب أحد الأعضاء بأنه « فيما يتعلق بحق الشفعة بالنسبة إلى الجوار ، فإنه يرى استبعاده ، إذ أن التقاليد والعادات الاجتماعية التي أوحى في الماضي باقرار هذا الحق قد طرأ عليها التغير » . ولكن أحد الأعضاء رأى الإبقاء على حق الشفعة لصالح الجوار في حالة وجود حق ارتفاق على الأقل . وقال رئيس اللجنة مؤيداً لهذا الرأي الأخير إنه « يرى الاعتراف بحق الشفعة للجوار في حالة وجود ارتفاق على الأقل » . وقال إنه كثيراً ما يحصل في الأراضي الزراعية أن توجد لصالح عدة ملاك حقوق ارتفاق للرى من نوعة خاصة ، وإن وجود هذه الارتفاقات المشتركة يثير مشاكل عدة بين هؤلاء الملاك ويؤدي أحياناً إلى اضطرابات ربما تيسر اجتنابها بالتسليم بحق الشفعة لكافة المستفيدين بحق الارتفاق ولولم يجمع بينهم الجوار ، إذ أن التوسع في حق الشفعة في مثل هذه الحالة تقضي به ضرورات عملية » . فعقب أحد الأعضاء =

التمهيدى للتقنين المدنى الجديد الحوار فى أحواله الثلاث سبباً للأخذ بالشفعة ، ثم ألقى أصيلاً فى المشروع النهائى أمام لجنة المراجعة ، وأعادته فى إحدى أحواله الثلاث لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، وأعادته مجلس النواب كاملاً فى أحواله الثلاث بعد مناقشات طويلة سبقت الإشارة إليها (١) ، وأقر ذلك مجلس الشيوخ . فأصبح الحوار بجميع أحواله سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة فى التقنين المدنى الجديد ، كما كان الأمر فى قانون الشفعة السابق (٢) .

ولما كانت المادة ٩٣٦ مدنى قد عدت الشفعاء مرتبين ، فنستعرضهم هنا بهذا الترتيب الذى يتفاضلون به عند تراحمهم كما سنرى .

١٨٠ - مالك الرقبة : تثبت صفة الشفع ، فى المرتبة الأولى ، « لملك

الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه » (م ٩٣٦ بند مدنى) .

« على هذا بأنه على الرغم مما يبدو من أهمية السبب الذى أبداه الرئيس للتوسع فى حق الشفعة حتى يشمل الحالة التى نوه عنها ، فإنه لا يرى إقرار هذا التوسع إذ لن يتسنى تنظيم حق الشفعة فى مثل هذه الحالة تنظيمياً عملياً » . وأضاف أحد الأعضاء « أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة لصالح الحار المالك » . فعقب عضو آخر بأنه « لما كان الاستغلال الزراعى باعظ التكاليف ، فإن من المصلحة تقرير حق الشفعة لصالح الحار لتخفيف أعباء هذا الاستغلال » . وانتهت اللجنة ، بأغلبية الآراء ، إلى استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى الحار فى حالة وجود حق ارتفاق . وأشار رئيس اللجنة إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا رأى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ فى المجلس) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦٤ فى الهامش .

(٢) والحكمة من الشفعة بسبب الحوار منع مضايقات الحوار ، ولكن إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة جاز الأخذ بها ، ولا يمتد بما إذا كانت الحكمة قد توافرت أو لم تتوافر . وقد قضى حكم قديم بغير ذلك ، وبأن الشفعة شرعت لمنع الضرر بسبب الحوار ، فإذا لم يحدث ضرر جديد للشفيع بالبيع كما لو كان بين أفراد عائلة واحدة والمشتري مجاور لكل منهم من قبل ، فلا شفعة (مصر الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦) . ولكن هذا الحكم لم يكن له صدق فى القضاء المصرى ، وعلى العكس من ذلك قضت محكمة الاستئناف الرطنية بأنه إذا توافرت فى الشفع الشرائط المقررة قانوناً لأخذ المبيع بالشفعة ، فلا يجوز دفع دعواه بأن ضرر سوء الحوار الذى شرعت الشفعة من أجل رفضه ليس بتحقيقاً (استئناف وطنى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ رقم ١٤٢) . وقضى أيضاً بأنه وإن كانت حكمة الشفعة هى الرغبة فى رد أذى الشريك الجديد ، إلا أن الشارع قررها مطلقاً لكل من توافرت فيه شروطها ، وعلى ذلك لا يتوقف قبول دعوى الشفعة على توافر حكمتها (طنطا الكلية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ الهامة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠) .

وهذه الحالة ، وإن كانت نادرة الحصول في العمل (١) ، يمكن أن نتصور تحققها في فروض مختلفة .

وأبسط هذه الفروض أن يكون هناك عقار مملوك لشخص . وقد رتب عليه حق انتفاع لآخر . فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه ، كان لمالك العقار وقد أصبح بعد ترتيبه لحق الانتفاع مالكا للرقبة أن يشفع في حق الانتفاع المبيع . فإذا ما أخذ هذا الحق بالشفعة لم شتات ملكيته . وعاد كما كان مالكا للعقار ملكية تامة . وهذا هو الفرض الذي من أجله أعطى مالك الرقبة الحق في أن يأخذ بالشفعة حق الانتفاع . وفي هذا الفرض المبسط لا نرى شبيحا آخر يزاحم مالك الرقبة في أخذ حق الانتفاع بالشفعة .

وفي فرض آخر أكثر تعقيدا . يترتب عن حق انتفاع لمصاحبة شخصين (أو أكثر) في الشيوع . وإذا باع أحد الشر يكتسب حصته الشائعة في حق الانتفاع ونفرض أنها النصف . كان لمالك الرقبة أن يشفع في هذه الحصة المبيعة . فيصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار . ومالك الرقبة النصف الآخر . وهو إذا لم يكن في هذا الفرض قد لم شتات الملكية على وجه تام ، فإنه يمكن من لم شتاتها في نصف العقار . ولا يستطيع الشريك الآخر في حق الانتفاع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع بالشفعة . لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوع كما سترى .

وهناك فرض أكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين ، يملك فيه العقار اثنان في الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . ويرتب الاثنان معاً على العقار الشائع حق انتفاع لشخص آخر . فيصبحان مالكين في الشيوع لرقبة العقار . فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه . فلا شك في أن مالكي الرقبة يستطيعان أن يأخذا معاً بالشفعة حق الانتفاع المبيع . فيعودا كما كانا مالكين للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع . إذ هو النصف « الملايس » للنصف الذي يملكه في الرقبة . فيعود

(١) ويلاحظ أن لدى بعض الشفعة ما ليس هو حق الملكية ، بل هو حق الانتفاع . فالشفعة تكون في هذه الحالة سببا لكسب حق الانتفاع (أنظر م ١/١٩٨٥ مدني) .

كما كان مالكا لنصف العقار في الشيوع ملكية تامة ، ويبقى المالك الآخر للرقبة الذي لم يأخذ بالشفعة مالكا لنصف الرقبة في حين أن المشتري لحق الانتفاع يستبقى نصف هذا الحق . وعلى هذا الوجه يكون نصف العقار في الشيوع مملوكا لأحد المالكين ملكية تامة ، والنصف الآخر يملك رقبته المالك الآخر ويملك حق الانتفاع فيه المشتري لحق الانتفاع . وقد يعترض المشتري لحق الانتفاع على هذه النتيجة ، ويتمسك بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل حق الانتفاع ولم يخلص له إلا نصفه . ففي هذه الحالة يكون له الحق في إجبار مالك نصف الرقبة الذي أخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع على أن يأخذ أيضا النصف الآخر لحق الانتفاع منعا لتفرق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة في نصف حق الانتفاع الذي أراد أخذه . فإن أخذ مالك نصف الرقبة كل حق الانتفاع أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا لحق الانتفاع في النصف الآخر ، وإن ترك الشفعة خلس لمشتري حق الانتفاع حقه كاملا ولا تتفرق عليه الصفقة ، ويبقى مالكا للرقبة كما هما ما لكن للرقبة في الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة (١) .

(١) وقد قلنا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم . فقد كانت المادة ١٣٨٥ من هذا المشروع تنص على أنه « ١ - لاشفعة لمن شمل البيع في نفس الوقت وبشمن واحد ، غير الحق الذي يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لاشفعة فيها . ٢ - إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، فإن هؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في الفرض الذي نحن بصدده : « إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فإن أحدا من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من حق المنفعة الذي يقابله ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه » . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انتهت إلى حذف هذا النص ، وترك حكمه لاجتهاد القضاء . وقررنا أن الرأي الذى يتبنى مع ما يسير عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تتوافر فيه الشروط ، وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة عليه ، فيتحم عندئذ أن يأخذ الشفع بالشفعة في العقار كله . وقد اختلف الفقهاء المصريون ، فرأى يقول بذلك (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢٧) ، ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذى حذفته لجنة مجلس الشيوخ بالرغم من حذفه (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٤) - وانظر آنفا فقرة ١٦٩ في آخرها .

يبقى أن نستعرض فرضاً آخر . هو أن يملك العقار مالكاً في الشيوع (كل بمقدار النصف مثلاً) . ويرتبان معاً - حتى لا ينتفع في هذا العقار مصلحة شخصين في الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع - - - صاحب حق الانتفاع النصف الشائع الذي له . جاز للمالك الرقبة أن يأخذ معاً هذا النصف بالشفعة ، لأن كلا منهما يملك الأخذ بالشفعة . كذلك يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ هذا النصف . ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفرق عليه . وإذا باع صاحباً حق الانتفاع كل الحق لمشتري واحد ، جاز للمالك الرقبة أن يأخذه معاً بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع الملائم لحقه في الرقبة ، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة فيتحم عندئذ على مالك نصف الرقبة إما أن يأخذ كل حق الانتفاع أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلاً (١) .

١٨١ - الشريك في الشيوع : وتثبت صفة الشفع ، في المرتبة الثانية ،

بالشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي « (م ٩٣٦ بنسب مدني) . ويخلص من النص أن هناك عقاراً شائعاً وأن أحد الشركاء في الشيوع باع حصته الشائعة أو شيئاً منها إلى أجنبي . فيكون للشركاء في الشيوع الآخرين أو لأى منهم أن يأخذ بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة . فيجب إذن : (١) أن يكون هناك عقار شائع . (٢) وأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . (٣) وأن يكون البيع لأجنبي :

يجب أن يكون هناك عقار شائع (٢) . فالعقار الذي كان شائعاً . ثم قسم

(١) ونرى الأحكام التي قدمناها على حق الاستعمال وحق السكنى في الأحوال التي يجوز فيها النزول عن هذين الحقيين . وقد فسرت المادة ٩٩٧ مدني عن أنه « لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو برررتي » (أنظر إمام عبد الله ص ٦٧ - عبد المنعم فرج الصدة بقرة ٢٧٥ - منصور مصطفى منصور بقرة ١٢٩ ص ٣١٠ - حسن كبيرة ص ٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك هو المالك في الشيوع وإذا كان المشتري لا يكون مالك إلا بتسجيل عقده . ومن وقت التسجيل لا يقيد . فإن الحكم ، إذاً ، حق الشفع في الشفعة على أساس أن تسجيل عقده حصة شائعة في الشفعة التي هي الأطنان المشفوعة لا من مقد البيع الصادر إلى المشتري منه لا يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ بمجموعة من رقم ٣١٤ ص ٦٢٨) . ونظر محمد علي عرفة ٢ بقرة ٢٣٤ ص ١١١ - عبد المنعم فرج الصدة بقرة ٢٧٦ ص ١٠٥ .

إلى أجزاء مفرزة لكل شريك جزء مفرز اختصاص به ، لا تكون فيه شفعة بسبب الشركة في الشيوع (١) . وإذا باع أحد منهم جزءه المفرز ، لم يكن للآخرين

= والمفروض هنا أن شخصا اشترى حصة شائعة في عقار ، وقبل أن يسجل عقد شرائه باع شريك آخر حصته الشائعة في هذا العقار لمشتري آخر ، ثم سجل المشتري الأول عقد شرائه ، فذهب محكمة النقض إلى أن هذا المشتري الأول لم يصبح مالكا للحصة الشائعة التي اشتراها ، بالنسبة إلى المشتري الآخر ، إلا من وقت التسجيل . فتكون ملكية الحصة الشائعة المشفوع بها لاحقة لبيع الحصة الشائعة المبيعة للمشتري الآخر ، ومن ثم ينتفى حق الشفعة .

ونحن نرى أن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين ، وأن المشتري إذا سجل عقد شرائه أصبح مالكا للعقار الذي اشتراه من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، وذلك بالنسبة إلى البائع وإلى كل شخص لا يعتبر من « الغير » في البيع الذي تم تسجيله (أنظر الوسيط : فقرة ٢٨٧ وما بعدها) . وفي الفرض الذي نحن بصدد ، لما سجل المشتري الأول عقد شرائه ، يكون قد أصبح مالكا من وقت البيع ، لا من وقت التسجيل ، بالنسبة إلى البائع له ، وكذلك بالنسبة إلى المشتري الآخر للحصة الشائعة الأخرى المشفوع فيها لأن هذا المشتري الآخر لا يعتبر من « الغير » بالنسبة إلى البيع الأول . ومن ثم تكون ملكية المشتري الأول للحصة الشائعة التي اشتراها سابقة على البيع الصادر للمشتري الآخر ، فيكون للمشتري الأول أن يشفع في الحصة الشائعة المبيعة للمشتري الآخر . ونظير ذلك مشتري لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي على الرأي الذي نذهب إليه ، لا اعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكن الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وهذا ما فعلته محكمة النقض هنا أيضاً (٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١١٢ ص ٢٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) - فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة (أنظر في تفصيل ذلك الوسيط : فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) .

(١) وإذا ادعى المشتري وقوع التهمة وأن الشفيع ليس شريكاً في الشيوع بعد وقوعها ، فعليه أن يثبت ذلك ، وله أن يثبت بجميع طرق الإثبات . ولا يعتبر تأخير أحد الشركاء في الشيوع المال الشائع كدأ أو بعضه دليلاً على وقوع التهمة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، إذا قرر عدم حصول التهمة في العقار المشفوع به ، قد أقام قضاءً على ما حصلته المحكمة توصيلاً سائفاً من أن الأعمال المادية التي أثبتتها خير الدعوى - استحداث مبان بالمنزلة - غير قاطعة في إفادة هذا المعنى ، فإن النفي على هذا الحكم القصور في التسبب استناداً إلى أنه لم يرد على المطاعن التي وجهها الطاعن إلى الخير وإلى أعماله . ولأنه نسخ محضر مناقشة الخير . هذا الذي يكون في غير محله (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦) .

أن يشفعوا فيه باعتبارهم شركاء في الشيوع ، فهم بعد القسمة لم يعدوا شركاء في الشيوع بل أصبحوا جيراناً . وعلى ذلك إذا جاز لأحد منهم أن يأخذ بالشفعة الجزء المقرز المبيع : فأنما يجوز له ذلك باعتباره جارا إذا استوفى سائر شروط الخار فيما سنينه . ولا يجعل الحائط المشترك الفاصل بين عقارين هذين العقارين شائعين بين مالكيهما . لأن الشركة هنا مقصورة على الحائط وليست في ذات العقار . بل يكون كل مالك منهما جارا للمالك الآخر . ويشفع بالجوار إذا توافرت شروطه (١) . كذلك إذا كان هناك فناء مشترك أو طريق مشترك أو مجرى مشترك (٢) بين عقارين ، فالعقاران لا يكونان شائعين بل يكونان متجاورين . والشفعة في كل منهما تكون بالجوار إذا توافرت شروطه .

ويجب أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . فإذا باع جزءا مفزرا من المال الشائع . فقد قدمنا . الجزء الثامن من الوسيط أن هذا البيع وإن كان صحيحا فيما بين المتعاقدين فيما لو كان المشتري يعلم أن البائع للجزء المقرز إنما

= وهو الحكم السابق الإشارة إليه .) وقضت أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد عرضت لما أدلى به الطاعنان (المشروع ضدنا) في دفاعهما من أنهما يمتلكان على الشيوع في الأطنان التي يقع بها القدر المشفوع فيه وأنهما يفضلان الشفعة بشرائها لذلك القدر ، وانتهت إلى عدم التحويل عليه تأسيساً على ما استظهرته من المستندات التي قدمت لها استظهاراً صحيحاً من زوال حالة الشيوع التي كانت قائمة قبل الحكم بالنقصة وإقرار الطاعنين لنقصتها التي تمت بموجبه ، وإعمالها مقتضاه من قبل شرائها للشفعة للمشفوع فيها وعند تحرير العقد الباقي المسجل الصادر من المظنون عليها الثانية ، وقد أقامت حكمها في هذا الخصوص على أسباب سائفة تؤدي إلى النتيجة التي خلصت لها ، فإن النص على حكمها بالقصور وانتقاص يكون في غير محله (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٢٣) .

(١) إسماعيل غانم ص ٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ من ٤٠٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشتري لا يعدو أن يكون شريكاً على الشيوع في مجرى معد للرى يشق الأطنان المبيعة موضوع الشفعة ، فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشتري بأنه شريك في الشيوع في جميع العقار المبيع برفعه إلى مصاف الشريك على الشيوع الذي له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة (نقض مدني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٥٤ ص ١٠١٦) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وقع البيع على الأرض وعلى جزء مشاع من آلة الري التي ترونها ، فليس لشريك في ملكية الآلة وحدها أخذ الأرض المبيعة بالشفعة . إذ هو ليس شريكاً في الأرض (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ م ١٨ ص ٥٧) - وانظر عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٨٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

بملك في الشيوع . يكون غير نافذ في حق الشركاء المشتاعين الآخرين ، فلا يصبح المشتري مالكا على الشيوع معهم . وقررنا أنه لا يجوز لأحد من هؤلاء الشركاء المشتاعين أن يستعمل حق الاسترداد لهذا الجزء المفرز المبيع فيما لو كان جزءا مفرزا في مال منقول أو في مجموع من المال . بل ولا يجوز أن يسترد من المشتري حتى الحصة الشائعة التي للشريك البائع في الجزء المفرز المبيع ، لأن حق الاسترداد إنما يكون في بيع حصة شائعة ولا يكون في بيع شيء مفرز . وما قررناه فيما يتعلق باستعمال حق الاسترداد هناك نقرره فيما يتعلق باستعمال حق الشفعة هنا . فلا يجوز لشريك في الشيوع أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع بآعه شريك آخر . ولا تجوز الشفعة إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزء مفرز فيه . ويجب تفسير عبارة « إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » الواردة في المادة ٩٣٦ بند ب مدني فيما رأينا ، بأن لفظ « شيء » مقصود به حصة شائعة . فيكون المقصود من عبارة « بيع شيء من العقار الشائع » بيع حصة شائعة في هذا العقار . وكما لا يجوز للشريك المشتاع أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع بآعه شريك آخر ، كذلك لا يجوز للمشتري لهذا الجزء المفرز أن يشفع في حصة شائعة من العقار بآعها شريك مشتاع . ذلك أن المشتري للجزء المفرز لا يصح مالكا في الشيوع مع الشركاء المشتاعين كما سبق القول . فلا يجوز له أن يشفع في حصة شائعة في العقار بآعها شريك مشتاع (١) . وإذا اشترى هذا المشتري بعد ذلك حصة شائعة في نفس العقار . وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة . جاز له ذلك . ولا يحتج عليه المشتري بأنه هو نفسه شريك مشتاع مثله قبل شرائه للحصة الشائعة بحجة أنه سبق له أن اشترى الجزء المفرز حتى لا يجوز لشريك أن يأخذ منه بالشفعة (٢) .

- (١) نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ ص ١٠٩ .
 (٢) نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٠ ص ١١٨٧ -
 وانظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣١ في الهامش - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٤ - إسماعيل غانم ص ٦٩ -
 عبد المنعم فرج الضدة فقرة ٢٧٨ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٣ - حسن كبيرة ص ٤ - ص ٥ - وانظر عكس ذلك وأنه تجوز الشفعة في بيع الجزء المفرز من العقار الشائع : محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٥ ص ٤١٢ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥١ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٩٢ ص ٤٣٣ .

وينبغي أخيراً أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي . فلو باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله . لما جاز لشريك مشتاع ثالث أخذ هذه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . ذلك أن بيع الحصة الشائعة التي يراد أخذها بالشفعة يجب أن يكون صادراً إلى أجنبي لا إلى شريك مشتاع . وهذا هو صريح نص المادة ٩٣٦ بند ب مدني إذ تقول كما رأينا : « للشريك في الشيوع : إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » . هذا إلى أن المادة ٩٣٧ مدني تنص على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شافعاً . تقتضي نص المادة السابقة . فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى . ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » . فإذا كان المشتري للحصة الشائعة هو نفسه شريك في الشيوع . فضل على شافع هو مثله شريك في الشيوع لأنه شافع من طبقته . وإنما يأخذ الشريك في الشيوع الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة إذا كان الذي اشترى هذه الحصة أجنبياً أي غير شريك في الشيوع . لأن الشافع هذا يكون من طبقة أعلى فيتقدم المشتري ^(١) . ولم يكن هذا الحكم المعقول هو السائد في عهد التقنين المدني السابق ولا في عهد قانون الشفعة السابق . فقد كانت نصوص هذه التشريعات غير واضحة في هذا المعنى . وساد في عهد هذا الرأي العكسي الذي يجعل الشريك المشتري لا يتقدم على الشريك الشافع بل ينقاسان الصفقة معاً . فكان لا يشترط إذن أن يكون بيع الحصة الشائعة صادراً إلى أجنبي كما اشترط ذلك صراحة التقنين المدني الجديد . بل كان يجوز الأخذ بالشفعة من المشتري لحصة شائعة ولو كان هو نفسه شريكاً في الشيوع . وكان هذا الرأي العكسي يدعمه الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه . كما كان يدعمه الفقه والقضاء . وأقرته محكمة النقض في أحكام متعاقبة ^(٢) . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في تراحم الشفعاء ..

(١) فلو كان المشتري جازاً توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فإنه يعتبر مع ذلك أجنبياً بالنسبة إلى الشريك . في الشيوع . ويستطيع أحد هؤلاء الشركاء أن يأخذ الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . لأن البيع صادر لأجنبي . ولأنه إذا كان جازاً شافعاً فإن الشريك في الشيوع في طبقة أعلى من طبقته فيستطيع الأخذ منه بالشفعة .

(٢) انظر مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص ٧٠٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص ١٨٩ .

وقد رأينا فيما تقدم أن الشرط الأول لأخذ الشريك في الشيوع الحصة الشائعة بالشفعة هو أن يكون هناك عقار شائع ، ونحدد الآن ما هو المقصود بالعقار الشائع . يشمل العقار الشائع أول ما يشمل . بطبيعة الحال . العقار المملوك ملكاً تاماً لعدد من الشركاء في الشيوع . ولكنه يشمل أيضاً رقة العقار إذا انفصل عنها حق الانتفاع . فتكون رقة العقار عقاراً شائعاً إذا كانت مملوكة لعدد من الشركاء في الشيوع . ويشمل أخيراً حق الانتفاع بعقار إذا انفصلت عنه الرقة . فيكون حق الانتفاع بعقار عقاراً شائعاً إذا كان هذا الحق مملوكاً لعدد من الشركاء في الشيوع ^(١) . ويجب أن نميز تمييزاً دقيقاً بين مالك الرقة باعتباره مالكا للرقة . وبين مالك الرقة باعتباره مالكا في الشيوع . فالملك الرقة باعتباره مالكا للرقة لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في حق الانتفاع . ونص المادة ٩٣٦ بند ١ مدني صريح في هذا المعنى إذ يقول : « يثبت حق الشفعة للمالك الرقة . إذا بيع كل حق الانتفاع للملابس لها أو بصفة » . أما مالك الرقة . إذا شفع في حصة شائعة في هذه الرقة لا في حق الانتفاع ، فإنه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا في الشيوع لعقار شائع هو الرقة ، لا باعتباره مالكا للرقة . وإذا تقدم مالك الرقة يشفع في حق الانتفاع باعتباره مالكا للرقة كانت له المرتبة الأولى بين الشفعاء ، أما إذا تقدم يشفع في حصة شائعة في الرقة باعتباره مالكا في الشيوع فإن مرتبته بين الشفعاء تكون هي المرتبة الثانية لا المرتبة الأولى . ويجب كذلك أن نميز تمييزاً دقيقاً بين صاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع ، وبين صاحب حق الانتفاع باعتباره مالكا في الشيوع . فصاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في الرقة ، ونص المادة ٩٣٦ بند ٢ مدني صريح في هذا المعنى إذ يقول : « يثبت حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع . إذا بيعت كل الرقة للملابسة لهذا الحق أو بعضها » . أما صاحب حق الانتفاع ، إذا شفع في حصة شائعة في حق الانتفاع

(١) أما أن كلا من حق الرقة في عقار وحق الانتفاع في عقار يعتبر عقاراً ، فهذا ثابت بصريح النص ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٣ مدني : « يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار » .

لا في الرقبة ، فانه يتقدم كشفع باعتباراه مالكا في الشيوع لعقار شائع هو حق الانتفاع ، لا باعتباره صاحب حق انتفاع (١) . وإذا تقدم صاحب الانتفاع يشفع في الرقبة باعتباره صاحب حق انتفاع كانت له المرتبة الثالثة بين الشفعاء ، أما إذا تقدم يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع باعتباره مالكا في الشيوع فان مرتبته بين الشفعاء تكون هي المرتبة الثانية لا المرتبة الثالثة .

(١) وهناك خلاف في الرأي فيما إذا كان للشريك المنتفع في حق الانتفاع الوارد على عقار أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع يبيعها شريك آخر في هذا الحق لأجنبي . فرأى يذهب إلى عدم الجواز « لأن المادة ٩٣٦ مدني خولت الشريك في الشيوع حق الشفعة إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي ، فالذي له الحق هو الشريك في الملك لا الشريك في الانتفاع . كما أن صاحب حق الانتفاع لا يكون له حق في الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة ، وقد خول هذا الحق كما خول مالك الرقبة عند بيع حصة الانتفاع لحكمة هي جمع ما تفرق في حق الملكية » (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢١٤ ص ١٩٦) . « ولوقصد القانون إعطاء الشريك في الانتفاع الحق في الشفعة إذا باع الشريك الآخر حقه لما أعوزه النص على ذلك صراحة ، وهو قد نص صراحة على حق المنتفع في الشفعة إذا بيعت الرقبة . . وعلى حق مالك الرقبة في الشفعة إذا بيع الانتفاع للملاصق لها . . ولكنه لم يذكر الشريك الذي له حصة في حق الانتفاع المبيع ، ومن المعلوم أن الشفعة رخصة استثنائية ، ومن ثم لا يجوز اتوسع في الصلح الخاصة بها . ومن جهة أخرى فإن الشفعة لا تكون إلا طريقاً من طرق الملك ، وهي ليست طريقة لكسب الانتفاع إلا استثناء ، والاستثناء يجب أن يكون صريحاً » (عبد المنعم النمر ٣٩٠ ص ٤٣١) .

ولكن الرأي السائد هو عكس الرأي المتقدم . ويقول - كما قررنا في المتن - بأن للشريك في حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع يبيعها شريك آخر لأجنبي ، لأن « عبارة الشريك في الشيوع تشمل الشريك في حق الانتفاع كما تشمل الشريك في حق الملكية ، لأن كليهما شريك في العقار المبيع ، والمصلحة في استبعاد الأجنبي عند قيام حالة الشيوع متحققة في حالة الانتفاع كما هي متحققة في حالة الملكية . . وعلى ذلك يمكن القول بأن حق الانتفاع قد يكسب في هذه الصورة من طريق الشفعة ، ويكون الشفع في هذه الحالة صاحب حق الانتفاع لا مالك العقار » (شفيق شحاتة فقرة ٢٤٦ ص ٢٦١) - وانظر في هذا المعنى : محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٦ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٠ - إسماعيل غانم ص ٦٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٧ - منصور منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٢ - حسن كيرة ص ٣ . والذي أوجد اللبس في هذه المسألة - في رأينا - هو عدم التمييز بين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع في الرقبة وقد نص على ذلك في المادة ٩٣٦ بند ب مدني ، وبين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع كشريك مشترك في حصة شائعة في حق الانتفاع وشأنه في ذلك هو شأن الشركاء في الشيوع وقد نص على ذلك في المادة ٩٣٦ بند ب مدني .

ويخلص من ذلك أمران : (الأمر الأول) أن رقة العقار التي انفصل عنها حق الانتفاع هي نفسها عقار ، وقد يملكها عدة شركاء في الشيوع . فإذا بيعت حصة شائعة في هذه الرقة ، كان لها شفيعان : (١) شريك مشتاع في الرقة غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا في الشيوع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثانية . (١) صاحب حق الانتفاع ، وهو الحق الذى انفصل عن الرقة ، ويشفع صاحبه باعتباره صاحب حق انتفاع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثالثة . فإذا تزاخم هذان الشفيعان قدم من كان في مرتبة أعلى ، ومن ثم يقدم الشريك المشتاع في الرقة وهو في المرتبة الثانية على صاحب حق الانتفاع وهو في المرتبة الثالثة (١) . (والأمر الثانى) أن حق الانتفاع الذى انفصل عن الرقة هو نفسه عقار ، وقد يملكه عدة شركاء في الشيوع . فإذا بيعت حصة شائعة في حق الانتفاع ، كان لها شفيعان : (١) مالك الرقة ، وهي الحق الذى انفصل عنه حق الانتفاع ، ويشفع مالكة باعتباره مالكا للرقة ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الأولى . (٢) شريك مشتاع في حق الانتفاع غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا في الشيوع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثانية . فإذا تزاخم هذان الشفيعان قدم من كان في مرتبة أعلى ، ومن ثم يقدم مالك الرقة وهو في المرتبة الأولى على الشريك المشتاع في حق الانتفاع وهو في المرتبة الثانية .

١٨٢ - صاحب حق الانتفاع : وتثبت صفة الشفيع ، في المرتبة الثالثة . « لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقة المملوكة لهذا الحق أو بعضها » (م ٩٣٦ بند ح مدنى) . ويخلص من هذا النص أن صاحب حق الانتفاع هنا يشفع في الرقة ولذلك يأتى في المرتبة الثالثة كما قدمنا ، أما إذا كان يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع فإنه يشفع فيها كشريك في الشيوع ويأتى في المرتبة الثانية شأنه في ذلك شأن سائر الشركاء في الشيوع كما سبق القول .

(١) وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٦ مدنى ينزل الشريك في الشيوع إلى المرتبة الثالثة ويرفع صاحب حق الانتفاع إلى المرتبة الثانية ، فكانا إذا تزاخما في الزرع الذى نحن بصدده . قدم صاحب حق الانتفاع على الشريك المشتاع في الرقة ، على عكس ما تمناه في المتن . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى ، عند الكلام في تزاخم الشفعاء .

وقد تقدم الكلام في صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع في حصة شائعة في هذا الحق عند الكلام في شفعة الشريك في الشيوع ^(١) ، والذي يعيننا هنا هو الكلام في صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع في الرقبة ^(٢) . ونندرج في الفروض هنا ، كما ندرجنا في الفروض بالنسبة إلى شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع ^(٣) .

فأبسط الفروض هو أن يكون هناك عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر . فأصبح مالك العقار مالكا لرقبته فقط . فاذا باع هذا الأخير الرقبة التي يملكها ، كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة المباعة ، فيلم بذلك شتات الملكية إذ يصبح مالكا للعقار ملكية تامة .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨١ .

(٢) وقد ناقشت لجنة الأستاذ كامل صدق أحقاً صاحب حق الانتفاع في أن يشفع في الرقبة . فتساءل الرئيس « عما إذا كان من المستحسن منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ولو انصب حقه على جزء من العقار المباع » . على أن يقصر حقه في الشفعة على جزء من ملكية الرقبة الذي ينصب عليه حقه في الانتفاع » . فرأى أحد الأعضاء « عدم منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إلا إذا كان هو المنتفع الوحيد ، وعدم التسليم بهذا الحق إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع ، وذلك دوماً للمشاكل والصعوبات التي قد تعرض في مثل هذه الحالة » . وعارض عضو آخر « فكرة تقرير حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنها تؤدي إلى التدخل في الملكية في حين أنه قد يكون من المتعين بقاؤه بعيداً عن كل تعانه بمس ملكية الرقبة ، وخاصة فإن حقه وهو في الأصل موقوف بحياته لا يتأثر بما قد يطرأ على ملكية الرقبة من تغير . ثم قال أحد الأعضاء « إنه يرى عدم الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنه يكاد في الواقع يكون معدوماً في مصر » . « وهنا أشار الرئيس إلى سبق موافقة اللجنة في الجلسة الماضية على الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع . وأضاف أن قرارات اللجنة بطبيعتها غير نهائية بل هي مؤقتة وقابلة للتعديل ، إلا أنه يعرض عدم الدلول عن الرأي الذي انتهت إليه اللجنة في الجلسة الأخيرة بالنسبة لصاحب حق الانتفاع . ومع ذلك فهو يقترح إصعافاً في النصيب من هذا الحق النص التالي عوضاً عن النص الذي أقرته اللجنة في الجلسة الأخيرة : « ٣ - لصاحب حق الانتفاع إذا بيع الجزء من الرقبة الملاصق لهذا الحق » . واقترح أحد الأعضاء الصيغة الآتية : « لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملاصقة لهذا الحق إلى أجنبي » . فوافقت اللجنة على هذا النص الأخير . ثم عاد أحد الأعضاء إلى مناقشة هذا النص الأخير . وانتهت اللجنة إلى الموافقة على النص الآتي : « ٣ - لصاحب حق الانتفاع في حالة ما إذا لم يقع البيع إلا على الجزء من الرقبة الملاصق لهذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٦٧ - ص ٣٦٩ في الخامس) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٨٠ .

وهذا هو الغرض الذى أعطى من أجله صاحب حق الانتفاع الشفعة فى الرقبة .
وفى فرض ثان أكثر تعقيدا يملك العقار شخصان فى الشيوع ، ويرتبان
عليه حق انتفاع لمصلحة شخص واحد ، فيصبحان مالكين لرقبة العقار فى
الشيوع ، ونفرض أن لكل منهما النصف . فإذا باع أحدهما النصف الذى
يملكه فى الرقبة ، كان لهذا النصف شفعان كما قدمنا (١) . مالك النصف
الآخر للرقبة ويعتبر شريكا فى الشيوع وهو مقدم إذ هو فى المرتبة الثانية من
الشفعاء ، فإذا لم يأخذ بالشفعة جاز أن يأخذ بها صاحب حق الانتفاع وهو
تال فى المرتبة إذ هو فى المرتبة الثالثة بين الشفعاء . فإذا أخذ صاحب حق الانتفاع
النصف المبيع من الرقبة بالشفعة ، لم شتات ملكية العقار فى نصفه إذ يصبح
مالكا ملكية تامة لهذا النصف ، ويظل صاحب حق انتفاع فى النصف الثانى
من العقار . فهذه على كل حال خطوة نحو لم شتات الملكية ، قد تناوها خطوة
أخرى إذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة النصف الذى يملكه ، فيأخذه
بالشفعة صاحب حق الانتفاع فى هذا النصف من الرقبة باعتباره صاحب حق
انتفاع يشفع فى الرقبة ، بل يستطيع أن يأخذه قبل ذلك باعتباره شريكا فى
الرقبة إذ قد سبق له أن شفّع فى نصفها ويكون ذلك باعتباره شريكا فى الشيوع ،
فيملك فى الحالىن العقار كله ملكية تامة ، ويلم شتات الملكية على وجه كامل .
والفرض الثالث الأكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين ، يملك فيه العقار
شخص واحد ويرتب عليه حق انتفاع لشخصين فى الشيوع (لكل منهما النصف
مثلا) ، فيصبح بذلك مالكا لرقبة العقار . فإذا باع هذه الرقبة ، فلا شك فى
أن صاحبي حق الانتفاع لهما أن يشفعا معاً فى الرقبة كل بقدر النصف ، فيصبحا
مالكين مناصفة للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد صاحبي حق الانتفاع
أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملبس للنصف الذى يملكه فى حق الانتفاع ،
فيصبح مالكا لنصف العقار فى الشيوع ملكية تامة ، ويبقى النصف الآخر من
العقار مقسما بين صاحب حق الانتفاع الآخر والمشتري لكل الرقبة وقد أصبح
الآن لا يملك إلا نصفها بعد أن أخذ منه النصف بالشفعة . وقد يعترض هذا
المشتري على ذلك متمسكا بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل
الرقبة ولم يخلص له إلا نصفها . ففى هذه الحالة يكون له الحق فى إجبار صاحب

نصف حق الانتفاع الذى أخذ بالشفعة نصف الرقة على أن يأخذ النصف الآخر فى الرقة منعا لتفرق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة فى نصف الرقة الذى أراد أخذه . من أخذ صاحب نصف حق الانتفاع كل الرقة . أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا للرقة فى النصف الآخر . وإن ترك الشفعة ، خلص لمشتري الرقة حقه كاملا فى الرقة التى اشتراها ولا تتفرق عليه الصفقة ، وظل مالكا حق الانتفاع كما هما مالكين لهذا الحق فى الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة (١) .

يبقى أن نستعرض فرضا آخر . هو أن يملك العقار مالكان فى الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . وبرتبان معاً حق الانتفاع فى هذا العقار لمصلحة شخصين فى الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع أحد مالكي الرقة النصف الشائع الذى يملكه فى الرقة . جاز للمالكى حق الانتفاع أن يأخذ معاً هذا النصف بالشفعة ، لأن كلاهما يملك الأخذ بالشفعة . ما لم يطلبه الشريك الآخر فى الرقة فيأخذه لأنه شريك فى الشيوع ومقدم فى المرتبة على صاحبي

(١) وقد سبق الإشارة إلى المادة ١٣٨٥ من المشروع التمهيدى التى كانت تنص على أنه : « . . . إذا كان يملك المنفعة أو الرقة أشخاص متعددون ويبيع كل الرقة أو كل المنفعة ، حاز هؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » (أنظر آتفاً فقرة ١٦٩ فى آخرها وفقرة ١٨٠ فى الهامش) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى الفرض الذى نحن بصدده : « إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون ويبيع الرقة كلها ، فإن أحداً من المستفيدين لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من الرقة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة . كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى كل الرقة لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائها . ولكن يجوز للمستفيدين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى الرقة كلها ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقة مشفوع فيه » . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انتهت إلى حذف هذا النص ، وترك حكمه لاجتهاد القضاء . وقررنا أن رأى الذى يتشبه مع ما يستر عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تنافر فيه الشروط . وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه ، فيتحم عندئذ أن يأخذ التفعيل بالشفعة فى العقار كله . وقد اختلف الفقهاء فى رأى يقول بذلك ، ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذى حذفته لجنة مجلس الشيوخ . بالرغم من حذفه (أنظر آتفاً فقرة ١٦٩ فى آخرها وفقرة ١٨٠ فى الهامش) . وانتظر فى معنى الذى نقول به فى الفرض الذى نحن بصدده : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٦ - وأنظر عكس ذلك وجوب العمل بالنص المحذوف : عبد الحميد فرج العدة فقرة ٢٧٩ ص ١١٠ .

حق الانتفاع (١) . كذلك يستطيع أحد مالكي حق الانتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة المبيع بالشفعة إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة ، ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفرق عليه . وإذا باع مالكا الرقبة كل الحق ، جاز لصاحبي حق الانتفاع أن يأخذه معا بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملبس لحقه في الانتفاع ، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة ، فيتحم عندئذ على هذا الشفيع إما أن يأخذ كل الرقبة أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا (٢) .

١٨٣ - مالك الرقبة والمحتكر في الحكر : وثبتت صفة الشفيع ،

في المرتبة الرابعة ، « لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة » . وهذا السبب من أسباب الأخذ بالشفعة قد استحدثه التقنين المدني الجديد ، فلم يكن معروفا لا في التقنين المدني السابق ولا في قانون الشفعة السابق (٣) . وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في تبرير استحداثه : « ويلاحظ ثانيا أن المشروع قد زاد على الشفعاء الذين أقرتهم اللجنة المحتكر ومالك الرقبة ، فكل منها يأخذ بالشفعة من الآخر ، جمعا لما تفرق من حق الملكية كما في الرقبة وحق الانتفاع ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينهى بها حق الحكر

(١) وإذا بيعت الرقبة كلها لأحد صاحبي حق الانتفاع ، لم يجوز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يشفع في حدود نصيبه فيه ، لأن صاحب حق الانتفاع الأول هو المشتري وقد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعيا فيفضل على صاحب حق الانتفاع لأنه من طبقته (م ٩٣٧ مدني - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٧) .

(٢) ونسرى الأحكام التي قدمناها على حق الاستعمال وحق السكنى ، سواء كان لا يجوز النزول عن هذين الحقيين كما هو الأصل أو كان ذلك جائزا على سبيل الاستثناء (م ٩٩٧ مدني) . ذلك أن المادة ٩٩٨ مدني تنص على أن « . . . تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقيين » . أنظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٩ ص ٤١٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣١ ص ٣١٤ - حسن كبيرة ص ٢ .

(٣) أنظر في نفي حق الشفعة في الحكر في العهد السابق استئناف مختلط (دوائر مجتمة) ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٧ ص ٨٤ - استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١١٥ - مصر الكلية ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٢ المحاكم ٣ ص ٩٠ - ولكن قارن استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ المحاكم ٤ ص ١٥٤ .

وهو حق غير مرغوب في بقاءه (١).

ونلاحظ بادىء ذي بدء أن الحقين اللذين يأخذ أحدهما بالشفعة في الآخر . في أرض محكرة للمحكر رقبته وللمستحكر حق المحكر فيها ، هما حق الرقبة في هذه الأرض وحق المحكر فيها . أما البناء أو الغراس الذي يحدثه المستحكر في الأرض المحكرة فهو عقار متميز عن كل من الرقبة وحق المحكر (٢) ، ولا يشفع فيه إلا بطريق الحوار كما سيأتى ، أو بطريق بيعه تبعاً لحق المحكر ذاته فعندئذ يؤخذ حق المحكر وما يتبعه من بناء أو غراس بالشفعة .

والفرض الذى نحن بصدده هو أن أرضاً رتب عليها صاحبها حق محكر . فأصبح مالكاً لرقبة الأرض المحكرة وإلى جانبه المستحكر صاحب حق المحكر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٤ - وقد كان أحد أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدق قد تسأل « عما إذا كان حق الشفعة يدرى كذلك بالنسبة للمستحكر » ، فأجاب رئيس اللجنة « بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة لمستحكر ، لأن المحكر يفترض وجود رقبته » . وأشار مع ذلك إلى مسألة بعض المستحكرين المصرح لهم بالبناء على أرض الغير ، واقترح منح هؤلاء حق الشفعة في الأرض التي أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا الاقتراح . ثم قال أحد الأعضاء « إنه توجد في بعض الأحيان مباني غير صحيحة أقامها صغار الملاك على أرض للغيرية ، ولاحظ أن التسليم بحق الشفعة في مثل هذه الحالات يحول دون رفع المستوى الصحي في الحى كله . فرد الرئيس على هذه الملاحظة بأن رفع المستوى الصحي للحى . . . يجب أن يترك أمره لسلطة الحكومة ، التي تمتلك فرض شروط صحية أو إصدار تراخيص بنزع ملكية الحى كله أو بعضها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ في الحاشية) .

(٢) ينص المادة ١٠٠٢ الذى على أن « يملك المستحكر . أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكاً تاماً . وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق المحكر » . وقد عقبنا على هذا النص . عند الكلام في حق المحكر : بما يأتى : « ويتبين من النص المتقدم الذكر أن المستحكر إذا بى أو غرس في الأرض المحكرة ، كان البناء أو الغراس ملكاً له دون اتفاق على ذلك مع المحكر . ويكون للمستحكر في هذه الحالة حقان يتميزان أحدهما عن الآخر : حق عيني في الأرض المحكرة وهو حق المحكر مالف الذكر . وحق ملكية تامة في البناء أو الغراس الذى أحدثه في العين المحكرة . ويجوز له أن يتصرف في كل حق مستقلاً عن الحق الآخر . فيبيع مثلاً البناء أو الغراس مع استبقاء حق المحكر ، ويجب على المشتري في هذه الحالة أبر مثل الأرض المحكرة دون الثقات إلى القيمة المقررة في عقد المحكر الأول . ويبيع حق المحكر مع استبقاء البناء أو الغراس ، وفي هذه الحالة يكون عليه دو أن يدفع أجر المثل لمن اشترى حق المحكر . ولكن يفضل أن يتصرف في الحقين معاً ، فيبيع البناء أو الغراس مقترناً بحق المحكر ، ويحل المشتري في هذه الحالة مكانه في كل من المحكر والبناء أو الغراس » (الوسيط ٦ فقرة ٨٠٦) .

فإذا باع هذا الأخير حق الحكر ، كان لمالك الرقبة أن يأخذ هذا الحق بالشفعة ، فينتهى بذلك حق الحكر غير المرغوب فيه ، ويأبى مالك الرقبة شتات الملكية ويصبح كما كان مالكا للأرض ملكية تامة . وإذا باع مالك حق الرقبة حقه ، كان لصاحب الحكر أن يأخذ الرقبة بالشفعة ، فيصبح هو أيضا مالكا للأرض ملكية تامة . وينتفى هنا أيضا حق الحكر غير المرغوب فيه . وقد يكون هناك جار يملك الأرض الملاصقة للأرض المحكرة : وتتوافر فيه شروط الشفعة بالنسبة إلى رقبة الأرض وبالنسبة إلى حق الحكر . فإذا أخذ مالك الرقبة حق الحكر . بالشفعة ، أو أخذ صاحب الحكر رقبة الأرض بالشفعة تقدم أى منهما على الجار الشفيع إذا أراد هذا أخذ الحكر أو الرقبة بالشفعة . ذلك أن كلا من مالك الرقبة وصاحب حق الحكر فى المرتبة الرابعة بين الشفعاء ، أما الجار فى المرتبة الخامسة كما سيأتى ، فيكون كل منهما متقدما فى المرتبة على الجار وأولى منه بالشفعة .

ويلاحظ أخيرا أن الفرض الذى نحن بصدده - شفعة مالك الرقبة وشفعة المستحكر - نادر الحصول فى العمل . ويرجع ذلك إلى أن حق الحكر أصبح ، من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد ، لا يجوز تربيته إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢ / ١ مدنى) . فضايق بذلك نطاق تطبيق الحكر ، وبخاصة بعد أن ألغيت الأوقاف الأهلية بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فنجم عن ذلك انتهاء حق الحكر الذى كان مترتبا على الأعيان الموقوفة طبقا للمادة ١٠٠٨ / ٣ مدنى ، وهى الكثرة الساحقة من الأحكار . ولم يعد باقيا من الأحكار القديمة إلا تلك المترتبة على الأوقاف الخيرية وعلى الأعيان غير الموقوفة . ثم صدر القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ ، فأجاز بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف أن ينهى الأحكار المترتبة على الأوقاف الخيرية . إذا اقتضت المصلحة ذلك . ويخلص من هذا أن الحكر قد أصبح الآن ، بفضل هذه التشريعات المتعاقبة ، ذا مجال ضيق محدود . فهو ، منذ صدور التقنين لمدنى الجديد ، لا يمكن تربيته على أرض غير موقوفة . والأرض الموقوفة التى يمكن ترتيب حق الحكر عليها قد انحصرت فى الوقف الخيرى ، بعد إلغاء الوقف الأهلى . وحتى فى هذا المجال الضيق - الوقف الخيرى - يندر ترتيب

حكر جديد . وما هو قائم من أحكار قديمة يمكن إنهاؤه بقرار إداري (١) ، وإذا كانت هناك أحكار قديمة مرتبة على وقف خيرى ، أو فرض - وهذا نادر - أن يرتب فيما بعد حق حكر على وقف خيرى ، فإن الوقف لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة كما سيجىء . فإذا بيع حق الحكر المرتب على وقف خيرى ، لم يجوز لهذا الوقف أن يأخذه بالشفعة . ولكن إذا بيعت الأرض المحكرة الموقوفة وقفا خيريا عن طريق الاستبدال ، جاز لصاحب حق الحكر أن يأخذها بالشفعة ، فيلم بذلك شتات الملكية ويصبح مالكا للأرض ملكية تامة . كذلك تجوز الشفعة فى الأحكار القديمة ، المنشأة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد على أرض غير موقوفة (٢) . فإذا بيع حق الحكر أو بيعت حق الرقبة ، فى هذه الأحكار القديمة وهى فى سبيلها إلى الزوال ، فإن لصاحب أى الحقين أن يأخذ الحق الآخر بالشفعة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم .

١٨٤ - الجار المالك - أهوال ثمرت : وثبتت صفة الشفع . فى المرتبة الخامسة : « للجار المالك فى الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضى المعدة للبناء ، سواء أكانت فى المدن أم فى القرى .

(١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ٧٩٧ ص ١٤٤٢ - ص ١٤٤٣ .

(٢) إسماعيل غانم ص ٧٠ - ص ٧١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٠ ص ٤١٦ -

منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ . ويقول الأستاذ حسن كيرة : « كذلك نجد أن هذا السبب لا يستطاع الأخذ بالشفعة بمقتضاه على الأقل فى شأن الأحكار المرتبة بعد نفاذ التقنين المدنى الجديد إذا بيع ملك الرقبة . لأن الأصل أنه لا يجوز بيع ملك الرقبة مادامت وقفاً . وإذا جاز فى بعض الأحوال بيعها فذلك على أساس الاستبدال . وهو ما يؤدى إلى إنها صفة الوقف من الأرض المبيع ملك رقبته . متى انتهت صفة الوقف عنها انتهى الحكر المرتب عليها ، وانتقل إلى الأرض البديلة عنها . فهنا لا يتصور إذن أن يأخذ صاحب الحكر بالشفعة الأرض المبيعة إذا بيع ملك رقبته » . ويؤخذ على ذلك أنه ليس من الضرورى ، عند استبدال العين الموقوفة المحكرة ، أن يكون الاستبدال واقفاً على كل العين حتى يصح القول بأن الحكر ينتقل إلى الأرض البديلة عنها . ولكن يجوز - وهذا هو الأجدى عملياً - أن يقع الاستبدال على رقبة العين المحكرة وحدها . فيبقى الحكر على العين الأصلية . وعندئذ يأخذ صاحب الحكر الرقبة بالشفعة . ويكون ذلك قبل تسجيل عقد البيع (منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢) وانتقال ملكية العين الموقوفة إلى المشتري وميرورتها ملكاً ، فلا تكون صفة الوقف قد زالت ويستتبع زوالها انتهاء الحكر .

(٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الاتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل « (م ٩٣٦ بند ٥ مدني) (١) .

ونرى من ذلك أنه يجب مبدئياً التمييز بين المباني والأراضي المعدة للبناء من جهة : والأراضي غير المعدة للبناء ويغلب أن تكون هي الأراضي الزراعية من جهة أخرى . فكل المباني القائمة فعلاً ، سواء كانت قائمة في المدن أو في القرى ، داخل حدود المباني أو خارجها ، تدخل في الطائفة الأولى . وتدخل في الطائفة الأولى أيضاً الأراضي التي لا تقوم عليها مبان فعلاً ولكنها تعتبر أراضي معدة للبناء . ويرجع في تحديد هذه الأراضي المعدة للبناء إلى الخرائط التي تعين حدود المدينة أو القرية (الكردون) (٢) . فإذا كانت الأرض تدخل في نطاق هذه الحدود فهي أرض معدة للبناء ، حتى لو كان صاحبها قد خصصها مؤقتاً لغرض آخر كالزراعة . والأرض التي لا تدخل في نطاق هذه الحدود تعتبر أرضاً غير معدة للبناء ، وذلك ما لم يكن صاحبها قد أعدها بالفعل لتكون أرض

(١) وللجار في هذه الأحوال الثلاث أن يشفع في العقار إذا بيع ، حتى لو كان هذا العقار المبيع حصة شائعة في عقار مملوك لعدة شركاء على الشيوع ، ولم يطلب أحد الشركاء في الشيوع وهو مقدم على الجار أخذ الحصة الشائعة بالشفعة . ولا تتوقف شفعة الجار على نتيجة القسمة ، إلا إذا اتسم المشتري العقار الشائع مع شركائه وأفرزت الحصة التي اشتراها فكانت غير مجاورة لعقار الجار ووقع كل ذلك قبل ثبوت حق الجار في الشفعة . أما إذا ثبت حق الجار في أخذ الحصة الشائعة بالشفعة ، فقد أصبح هذا الحق باتاً أياً كانت نتيجة القسمة فيما بعد . ذلك بأنه وقت بيع الحصة الشائعة كان شرط الجوار متوافراً ، وبقي متوافراً إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة . ولو وجب انتظار نتيجة القسمة ، فقد لا تطلب القسمة ويضيع على الشفيع حقه . انظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٩ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٠ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ ص ٢٦١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٨ - عبد المنعم فرج الصدة ٢٨٨ - وانظر عكس ذلك وأن حق الجار في طلب الشفعة يكون موقوفاً على نتيجة القسمة استئناف مصر ٢٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١١٣ ص ١٤٧ - عل زكي العراي فقرة ٥٨ ص ٣٥ - ص ٣٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٤٠ .

بناء فتعتبر في هذه الحالة أرضاً معدة للبناء (١) . فإذا استبعدنا الماني القائمة فعلاً والأراضي المعدة للبناء على التحديد الذي ذكرناه . كان ما بقي من

(١) وكون الأرض غير المأخوذة في نطاق «كردون» مدينة أو قرية تعتبر قد أعدت فعلاً لبناء فتكون أرضاً معدة للبناء مسألة واقع يثبت فيها قاضي الموضوع ، دون معقب عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان الحكم الذي اعتبر الأرض غير معدة لبناء . فلا يكفي لشغلة يد الجوار من جهة واحدة ، قد أقام قضاءه على أن المنطقة التي تقع فيها واسعة المساحة وعالية المزارع ، وأن ما فيها من أبنية قليل ، فإنه لا يكون قد أحاط في تطبيق القانون (نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٣ ص ٦٣٩) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ في المجلد . محمد علي عرف ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤٢٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٢ - ص ٤١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٢ ص ٣١٧ - ص ٣١٨ . والتعبير في الأرض المشفوع فيها بخالفها وقت بيعها ، فإذا كانت غير معدة للبناء سرت الأحكام الخاصة بالأراضي غير المعدة لبناء ، حتى لو كان المشتري أو الشافع مزمعاً أن يعدّها لبناء (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣) . والذي يعدّه بوجه عام هو إعداد البيع . الأرض للبناء . لإعداد المشتري لها . فإذا اشترى شخص أرضاً زراعية لنفسه وبينه وبينه ، فلا تثبت الشغلة إلا إذا توافر شروط الجوار من جهين وشروط الغيبة ، لأنها تعتبر أرضاً زراعية كالأرض الباع ، ولا تعتبر من أراضي البناء كالأرض التي سيعدّها المشتري (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤) . ومع ذلك إذا كانت الأرض معدة لتقسيمها إلى قطع للبناء بحكم ملاءمة سيق وانتشار العمران باتجاه التي هي فيها . فإنها تعتبر أرض بناء ، حتى لو وصفت في عقد البيع بأنها أرض زراعية وقدورت مساحتها بالفدان وكانت مؤجرة للزراعة ولا يزال يدفع عنها المال باعتبارها أرضاً زراعية (استئناف مختلف ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ ص ٣٩ ص ٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥) . وقضى بوجوب اعتبار الأرض زراعية ، ووعين لها ثمن على قدر قدر بالذراع لا بالفدان ، مادامت الأرض واقعة خارج منطقة المبانى السكنية Agglomération bâtie (استئناف مختلف ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) . وقضى بأنه يجب البحث عن تخصيص الأرض وعملاً إذا كانت توجد في منطقة بناء . وكما ظهر أن منطقة البناء هذه قريبة من قرية قريبة كافيًا بحيث يمكن اعتبارها بالغرض ، فإن لم يكن من الوجهة الإدارية ، جزاءً لبناء . فإن الأرض تكون أرض بناء . (استئناف مختلف ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٤) . وقضى بأن العبارة في الأرض المعدة لبناء بالتخصيص أحد ألسن . من موقعها في مدينة أو قرية ، لا بالتخصيص الشخصي الذي قد يكون احتمالياً (استئناف مختلف ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) . وكان قد قضى بأن لو كان مينا درس لا تعتبر داحنة ضمن دائرة المبانى أو الأراضي المبنية للبناء والمدن أو القرى . لأنها متصلة من جهة بالصحراء ، ومن جهة أخرى بأراضي زراعية شاسعة تروى في أوقات دورية (استئناف مختلف ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٣٠٩) .

للأراضي يعتبر أرض غير معدة للبناء . ويجب . يكون . أرض مزرعة أو
معدة للزراعة . وتدخل في الطائفة الثانية

والشعبة في المباني والأراضي المعدة للبناء . وهذه هي الحالة الأولى
للجوار - يكتفى فيها بمجرد الملاصقة . أما الأراضي غير المعدة للبناء . فالشعبة
فيها لا تكون بمجرد الملاصقة . بل يجب أيضاً فوق ذلك أحد أمرين . إما أن
يكون للأرض أو عليها حق ارتفاق بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها وهذه هي
الحالة الثانية للجوار . أو أن تكون الأرض ملاصقة للأرض المشفوع فيها من
جهتين ونسأوى في الوقت ذاته نصف ثمن هذه الأرض الأخيرة على الأقل
وهذه هي الحالة الثالثة للجوار . ونستعرض تفصيلاً كلا من هذه الأحوال
الثلاث

١٨٥ - الحالة الأولى للجوار - المباني والأراضي المعدة للبناء : يكتفى

للاخذ بالشعبة . في هذه الحالة ، أن يكون العقاران المشفوع به والمشفوع
فيه متجاورين . أى متلاصقين من جهة واحدة . ولا يبط أى شرط
آخر . كوجود حق ارتفاق أو التلاصق من جهتين أو قيمة معينة للعقار
المشفوع به . فهذه الشروط . مما يطلب بالإضافة إلى التلاصق في الأراضي غير
المعدة للبناء . أى في الحالات الثانية والثالثة . كما سنقول .

أما في حالة مباني والأراضي المعدة للبناء . وهي حالة الأولى التي نحن
بصددها . فيكتفى بالتلاصق من جهة واحدة . وإذا كان كل من العقار
المشفوع به والعقار المشفوع به أرضاً معدة للبناء . فالتلاصق يكون بين

(١) وعندئذ يكون التلاصق موجوداً وقت البيع إلى وقت طلب الشفعة (استئناف
محكمة ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٩ ص ١٥٥) . وعلى جميع إثبات ذلك (استئناف
مخلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٩١ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) .
ويجوز الرجوع في الإثبات إلى عدم عميك الشفيع ولولم يكن له تاريخ ثابت . كما يجوز
إثبات ذلك بالمدينة . وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير
التقاسمين من التمسك بحصول القسمة . وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله
بغيره من العقار وفقدانه تبعاً لذلك حق طلب الشفعة . وذلك لأن التسجيل إنما شرع لفائدة الغير
صيانة حقوقهم . فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا يرفع على من لم يقم به
العمل . ٢٩ يناير سنة ١٩٥٢ المحلة ٢٣ رقم ٩٢ ص ٨٧ - وانظر نقض مدني ٢٥ يونيو
١٩٥٢ - ١٩٥٣ مجموعة كتب الغير لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٦ رقم ٢) .

الأرضين بداهة . وإذا كان كل من العقارين . أو كان أحدهما . بناء مقدما على أرض كمتزل مقدم على أرض بعضها حديقة لمتزل أو فضاء له . فالتلاصق هنا أيضا يكتفى أن يقوم بين الأرض المقام عليها البناء والأرض الأخرى سواء أقيم عليها بناء أو كانت أرضا فضاء (١) . أما إذا كان الشفع يشفع ببناء يملكه دون الأرض المقام عليها البناء . كأن كان مستأجرا للأرض وأقام عليها بناء (٢) . فإن البناء المشفوع به نفسه . وليس الأرض وحدها . يجب أن يكون ملاصقا للعقار المشفوع فيه . فإن كان هذا العقار المشفوع فيه ذو أيضا بناء بيع وحده دون الأرض التي أقيم عليها . وجب أن يقوم التلاصق بين البنائين نفسيهما . ويتحقق ذلك إذا قام بينهما حائط فاصل سواء كان هذا الحائط مشتركا أو غير مشترك (٣) .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ - عبد المنعم فرج العدة فقرة ٢٨٢ ص ١٣ .
(٢) أنظر في الفرق بين المستأجر والمحتكر تقضى مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام التقضى و ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٠ رقم ٣٠ .
(٣) وقد فرضنا فيما قدمناه أن ملكية الأرض منفعلة عن ملكية البناء . وقد يكون صاحب البناء له حق القرار على الأرض بموجب حق عيني ثبت له في الأرض ، كحق الانتفاع أو حق الحكر فإذا فرضناه شفعيا ، كان له أن يشفع بالبناء الذى يملكه دون الأرض كما قدمناه . وكان له أيضا أن يشفع بحق الانتفاع أو بحق الحكر الذى ثبت له في الأرض وهو حق عيني في عقده فيكون عقده مستمرا على رقبته الأرض . وهو في الواقع من الأمر يشفع بالعقارين معا . البناء المقدم على الأرض وبحق الانتفاع أو بحق الحكر الثابت له في الأرض . فيشفع بالبناء . مقترنا بحق القرار على الأرض . فيكون أن تكون الأرض دون البناء ، هي الملاصقة للعقار المشفوع فيه . وإذا كان يشفع في بناء بيع دون الأرض . وكان لهذا البناء حق القرار على الأرض بموجب حق انتفاع أو حق حكر ، فإنه يشفع في هذه الحالة في البناء مقترنا بحق الانتفاع أو بحق الحكر ، فتكون ملاصقة عقاره الذى يشفع به للأرض المقام عليها البناء المشفوع فيه .

أنظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠٠ - عبد المنعم فرج العدة فقرة ٢٨٢ ص ١١٣ - ص ٤١٤ - حسن كبيرة ص ٦ - ص ٧ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٨ (حيث يذهب إلى أن صاحب حق الانتفاع لا يشفع في العقار المجاور له) .

وإذا قام شخص بناء على أرض اشتراها قبل أن يسجل عقد شرائه ثم سجل عقد الشراء ، فيفضل الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين الذى نقول به (أنظر مايل فقرة ١٨٩ في الهامش) يعتبر مانكا للأرض ، بالنسبة إلى المشتري المشفوع فيه . من وقت العقد لامن وقت التسجيل . ومن ثم يكتفى أن تكون الملاصقة قائمة بين العقار المشفوع فيه والأرض التي اشتراها وأقام عليها البناء ، دون هذا البناء نفسه .

ويمنع التلاصق على الوجه المتقدم أن يكون هناك بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فاصل غير مملوك للشفيع (١). فإذا فصل ما بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام أو طريق عام ، لم يتحقق التلاصق (٢). أما إذا كانت الترعة أو المصرف أو الطريق مملوكا للشفيع أو مملوكا للبائع أو مشتركا بينهما ، فإن التلاصق يتحقق (٣) ، ولا يحول دون تحقق التلاصق في هذه الحالة أن يكون للغير حق ارتفاع على الترعة أو المصرف أو الطريق ، فإن حق الارتفاع لا يمنع أن يبقى صاحب العقار مالكا لعقاره (٤). وإذا كان الفاصل بين العقارين قطعة أرض مملوكة للغير ، أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم

(١) استئناف مخطط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٢ - ٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٢) استئناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ - ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٠ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية ، فإن هذا لا يمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين ، إذ يكون الجوار متحققاً من الجهتين (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر: رقم ١٦٦ ص ٤٦٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت السكة الزراعية الفاصلة بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها مملوكة لصاحب الأرضين مناصفة ، فإن الجوار بين الأرضين يكون قائماً (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر: رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) . وقضت كذلك بأن المصرف الذي يفصل بين جارين لا يعتبر معه التلاصق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين ، أما إذا كان مشتركاً بينهما فالالتصاق قائم (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر: رقم ٢٠١ ص ٥٥٥) . وانظر أيضاً استئناف مخطط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٧ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٢١ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٨٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود مصرف في العقار المشفوع فيه فاصل بينه وبين العقار المشفوع به ، ومحض مصرف مياه أراض أخرى ، لا يمنع قيام حالة الجوار بين العقارين بالمعنى المقصود في الشفعة ، فإن وجود حق ارتفاع للغير على أرض المصرف لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع فيه ، بل هي تفل جزئاً من العقار . فالحكم الذي يعتد به وجود مثل هذا المصرف مانعاً من التلاصق المتعطل في الشفعة ، لجبرده تحله بحق الارتفاع لا لغيره . كما يستحيل معه إزالته . ويكون حائطاً (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر: رقم ٨٩ ص ٢٤٢) .

يشملها البيع . فإن التلاصق لا يتحقق . وقد يفتح ذلك باب التحايل لمنع الشفعة . فيقتطع البائع من الأرض المبيعة شريطاً هو الملاصق للعقار المشفوع به والممتد على طول حده المجاور . فيحتفظ بملكيته ولا يدخله في البيع حتى يفصل به ما بين العقارين المشفوع به والشفوع فيه . أو يهبه للمشتري منعاً للشفعة أيضاً . وقد أجاز هذا النوع من التحايل بعض فقهاء الشريعة الإسلامية . بدعوى أن الشفعة حق ضعيف (٢) . ولكن الصحيح أن التحايل على القانون لا يجوز ، فإذا فعل البائع شيئاً من ذلك ، جاز للشفيع أن يثبت التحايل بجميع طرق الإثبات ، ومتى كُشف عن الحقيقة وجب الأخذ بها وإعطاء الشفيع حقه في الأخذ بالشفعة (٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٣ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٥٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ٢٤ ص ٢٣٢ .

(٢) أنظر أيضاً في معنى جواز التحايل : استئناف وطني ٤ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٥٩ - دشنا ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٢٣ - استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٨ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن تحايل لإبطال الشفعة مناقض للنقض المقصود منها . لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر . فإذا ما أجزأ التحايل لإبطالها . كان ذلك عوداً عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذي قصد إبطاله ، فكل تعيل لإبطال الشفعة لا يبيع للمدعى أن تقره بوجه من الوجوه . واستخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشتري قد أراد بتجربة الصفقة التي اشتراها تحايل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة . هو من أمور المصوغ التي يفضل فيها قاضي الدعوى دون معقب عنه (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة غير رقم ٢٥٤ ص ٦٨٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان كل ما قصده الحكم بالعدم أو التخليص الذي أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون ، وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سببه عليه ، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التي أوردتها ، فإن النعي عليه بالقصور أو مخالفة القانون في هذا الخصوص يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠٦ ص ٦٧٨) - وقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يمنع الشفعة أن يترك البائع جزءاً من الأرض المبيعة لا يدخله في البيع تحايلاً لإسقاط الشفعة (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٣٧ الحامدة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥) - وأنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف وطني أول ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ٩ - استئناف مصر ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٨ الحامدة ٨ رقم ٥٦٨ ص ٩٣٥ - استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣٠ ص ٢٣٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٤١ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - ٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٦ ص ٣١٩ - محمد كامل مرسى ٣ ص ٢٤٢ - ص ٢٥٧ - شفيق شحاتة فقيرة ٢٤٣ ص ٢٥٨ - إسماعيل غانم ص ١٢ - محمد علي عرفة ٢ فقيرة ٢٤٩ - عبد السلام فرج لقطة فقيرة ٢٩٦ ص ٤٢٢ - منصور منصور منصور فقيرة ١٢٣ ص ٣١٦ - حسي كيرة ص ٦ .

فإذا كان العقار ان المشفوع به ، المشفوع فيه متلاصقين على النحو الذى فصلناه . فإنه يكفي لتحقيق التلاصق أن يكون قائما بين العقارين بأى امتداد مهما صغر . ولو كان بشبر واحد . وتا قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لما كان الشارع قد استمد شفعة الحار من فقه الحنفية . كلابما أورده فى النص من شروط . وكان الرأى فى هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشبر واحد يكفي ويستوى مع التلاصق من ثلاث جهات فى حق الشفعة . لما كان ذلك . فإنه يكون مخالفا للقانون وللمصدر الذى استمد منه الشارع شفعة الحار أن يضيف الحكم إلى القيود التى أوردها النص قيلا لم يرد فيه ، بأن يشترط لثبوت شفعة الحار المالك أن يكون التلاصق على امتداد كاف ، فى حين أن المقرر فى قواعد التفسير ألا مساع للاجتهاد فى مورد النص وأن المطلق يجرى على إطلاقه (١) .

والتلاصق ، بأى امتداد مهما صغر . يكفي أيضا أن يكون من جهة واحدة ما دام العقار بناء أو أرضا معدة للبناء . والمعتاد أن يكون التلاصق أفقيا ، فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه ملاصقة جانبية . أى يكون إلى جانبه فى أية جهة من جهاته . ولكن يجوز مع ذلك أن تكون الملاصقة رأسية لا أفقية . فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه فى أعلاه

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ - وانظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤١٩ - ص ٤٢٠ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٥٥ ص ٣٤٨ و فقرة ٢٥٧ ص ٣٥٢ - عبد المنعم اليدرأوى فقرة ٤٠٥ ص ٤١٢ - إسماعيل غانم ص ٧١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٦ ص ٤٢٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٦ - حسن كيرة ص ٥ .

وانظر رأياً مخالفاً يذهب إلى أن التلاصق يجب أن يكون على امتداد كاف كتصنف أحد أركانك ، وأن القاضى هو الذى يقدر ما إذا كان التلاصق على امتداد كاف لتبرير الشفعة : محمد كلليل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ و فقرة ٢٢٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٩ - استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٧ - ٢٧ بوليه سنة ١٩٥٤ م ٥٦ ص ٢٠٧ . وعيب هذا الرأى واضح ، فهو يفتح الباب للتحكم ، ولا شك فى أنه إذا أعطى للقاضى حق تقدير متى يكون الامتداد كافيا فإن الأنظار تختلف فى ذلك . وقد تمنى الشفعة محكمة وتمنعها محكمة أخرى . وذلك رجعت فكرة الاستئناف الفخاطة عن هذا الرأى ، ولا شك أن الملاصقة مهما صغر (استئناف مختلط بوليه سنة ١٩٥٥ م ٥٧ ص ١٦١)

أولاً في أسفله . وهذا يتحقق في ملكية الطبقات (١) . ففي البناء ذي الطبقات المتعددة المبنوكة ثلاث مختلفين . تكون أعلى طبقة ملاصقة للطبقة التي عليها في أعلاها . وهذه ملاصقة للطبقة الأسفل في أعلاها كذلك . وهكذا . فيجوز إذن أن يشفع صاحب إحدى هذه الطبقات في الطبقة التي هي فوقه مباشرة وفي الطبقة التي هي تحته مباشرة . لأن طبقته ملاصقة لكل من هاتين الطبقتين : الطبقة الأعلى في أسفلها والطبقة الأدنى في أعلاها (٢) . بل إن صاحب الطبقة وهو الحار الرأسي أول بالشفعة من الحار المعتاد وهو الحار الحائبي . إذ أن الأول يرجح الثاني بأنه فوق ملاصقة للعقار المشفوع فيه شريك أيضاً في الشيوع في الأجزاء المشتركة للعقار كالسلم والباب الخارجي والفناء وما إلى ذلك (٣) . بل إننا نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونقيم شفعة أصحاب الطبقات لا على مجرد الحوار الرأسي ، ولكن أيضاً على الشركة في الشيوع . ذلك بأن أبنية الطبقات تقوم كلها على الأرض ، والأرض تعتبر ملكاً شائعاً لجميع ملاك الطبقات ، وتنص المادة ٨٥٦ / ١ مدني صراحة في هذا المعنى على أنه « إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض » . فصاحب الطبقة إذا باعها إنما يبيع معها حصته الشائعة في

(١) وقد نصت المادة ١١٣٠ / ٢ مدني عراقي على ما يأتي : « وإذا كان السفل والعلو لشخصين مختلفين ، اعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر » .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٥ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ - عبد المنعم أبادراوى فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - وترتيباً على ذلك إذا أقيم بناء على أرض وكانت الأرض والبناء مملوكين للمالكين مختلفين ، فإن لكل منهما أن يشفع في عقار الآخر ، فإذا بيع البناء شفع فيه صاحب الأرض ، وإذا بيعت الأرض شفع فيها صاحب البناء (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣) . وترتيباً على ذلك أيضاً ، إذا أهدم العلو الذي له حق القرار على السفل ، فإن حق القرار نفسه يكون عقاراً ملاصقاً للسفل ، فإذا بيع حق القرار هذا شفع فيه صاحب السفل ، وإذا بيع السفل شفع فيه صاحب حق القرار (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢١٥) . وترتيباً على ذلك أخيراً ، إذا كانت الدار ذات ثلاث طبقات ، وبيعت الطبقة الوسطى شفع فيها كل من صاحب الطبقة العليا وصاحب الطبقة السفلى ، أو بيعت الطبقة العليا أو السفلى شفع فيها صاحب الطبقة الوسطى (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٥ ص ٢١٦) .

(٣) أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٢ ص ٤٢٤ .

الأرض التي أقيمت عليها طبقته . فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة في الأرض ، في الطبقة التي بيعت (١) . والشبوع هنا أقوى من الشبوع العادى . فهو شبوع إجبارى لا يستطيع الشركاء أن يطلبوا فيه القسمة ليتخلصوا من مضاره . فأولى أن يكون لهم حق الشفعة حتى يتخلصوا من هذه المضار ولو تخلصوا جزئيا . وإذا أخذ بوجهة النظر هذه ، ترتب على الأخذ بها أن صاحب الطبقة يكون شفعيا في كل الطبقات الأخرى ولو لم تكن ملاصقة لطبقته فهو لا يشفع باعتباره جارا ملاصقا ، وإنما يشفع باعتباره شريكا في الشبوع في الأرض التي أقيمت عليها الطبقات (٢) .

١٨٦ — الحالة الثانية للمجوار — لأرض المبيعة أو عليها هو ارتفاع

لأرض الجار : وفي هذه الحالة نواجه أراضى غير مبنية وغير معدة للبناء ، وهي — أكثر ما تكون — أراضى زراعية . ويجب بادئ ذى بدء ، لجواز الأخذ بالشفعة هنا ، أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقتين . وقد بسطنا القول في شرط التلاصق في أراضى البناء ، وينطبق هنا ما قلناه هناك .

ولا يكفى التلاصق هنا ، وكان يكفى في المباني وفي الأراضى المعدة للبناء كما سبق القول . بل يجب في هذه الحالة الثانية أن تكون هناك صلة أخرى بين الأرضين فوق التلاصق ، هي أن يكون هناك حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها ، أو حق ارتفاق للأرض المشفوع بها على الأرض المشفوع فيها (٣) . فيرتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق في

(١) ولعل هذا المعنى يمكن أن يستفاد مما دار من المناقشة في لجنة الأستاذ كامل صدق ، إذ « أشار الرئيس إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا الرأي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ في الهامش) .

(٢) قرب من هذا الرأي محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ ص ٤٢٤ — وقد نصت المادة

٢٣٩ (٢) من قانون الملكية العقارية النسخ (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « يتب الحق في الشفعة . . . (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق ، .

(٣) ولا يشترط بعد ذلك أن يكون التلاصق في حدين أو أن تكون للأرض المشفوع بها قيمة معينة ، فإن قيام حق الارتفاق وحده يفي عن كل ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه يمكن لقيام الحكم القاضي بالشفعة أن يثبت جوار الشفع في حد واحد بقطعة أرض عندها حق ارتفاق منسعة الأرض المشفوع فيها ، دون الاعتداد في هذه الحالة بنسبة قيمة أرض الجار إلى قيمة الأرض المشفوع فيها (نقض مدى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣١ ص ٩٠٢) .

الفرضين . وإما أن تتخلص الأرض المشفوع بها مما عليها من حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها في الفرض الأول . أو تتخلص الأرض المشفوع فيها من حق الارتفاق الذي عليها للأرض المشفوع بها في الفرض الثاني (١) . وفائدة الشفع في أن تتخلص أرضه من حق الارتفاق الذي عليها في الفرض الأول واضحة . وكذلك له فائدة في أن يزول حق الارتفاق الذي لأرضه على الأرض المشفوع فيها في الفرض الثاني . إذ يصبح مالكا للأرض المرتفق بها وتزول أسباب النزاع التي تتولد عادة من وجود حق ارتفاق لأرض على أخرى (٢) .

وحق الارتفاق الذي يكون لأرض على أخرى . فيسوغ الأخذ بالشفعة . قد يكون . مصدره الاتفاق . فيجوز الاتفاق بين صاحبي أرضين متلاصقتين على أن يكون لإحدهما حق ارتفاق على الأخرى . كارتفاق بالشرب

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يسوى في ثبوت الشفعة بين أن يكون حق الارتفاق للأرض المشفوع فيها وللأرض المشفوع بها . فلا جدوى من الطعن في الحكم بمقولة إنه أخطأ في التفرير بوجود حق ارتفاق لأرض الشفع على الأرض المشفوع فيها ، في حين أن الثابت هو أن حق الارتفاق للأرض المشفوع فيها على أرض الشفع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمود رقم ٣١٠ ص ٦١٥) .

(٢) أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٦ - وقد حاول بعض أعضاء لجنة الأستاذ كامل صديق اشتراط أن يكون حق الارتفاق الذي يبيع قيمه الأحده بالشفعة ذا أهمية حيوية . فمتدا استلزم رئيس اللجنة قائلا إن الأمر يقتضي بحث الفقرة (ب) التي تقرر حق الشفعة للجار في حالة وجود حق ارتفاق ، وطلب إلى الأعضاء الإدلاء بملاحظاتهم بشأن هذه الفقرة ، قال أحد الأعضاء « إن كثيراً من حقوق الارتفاق غير ذات أهمية ، لذا فالرأي عنده أن يقصر منح حق الشفعة على الحالات التي يوجد فيها حق ارتفاق على جانب من الأهمية عظيم » . وأضاف عضو آخر « أنه لما كان مرد حق الشفعة في هذه الحالة مصلحة اقتصادية ، فمن المنع أن يكون حق الارتفاق الذي يستند إليه الشفع في استعمال حقه في الشفعة ذا أهمية حيوية . ومما لذلك من حق ارتفاق الشرب والسيول » . وأيد عضو ثالث هذا الرأي « مقترحاً أن يفسر على أن يكون حق الارتفاق هاما أو ذا منفعة جدية » . وسئل أحد الأعضاء « عما إذا كان المراد استبعاد حقوق الارتفاق في المدن » . وقصر حق الشفعة على حالات الارتفاق في القرى » . فأجاب رئيس اللجنة « بأنه لا محل لهذه التفرقة ، بل لا محل في رأيه لتبميز بين حقوق الارتفاق تبعاً لأهميتها ، إذ أن هذا التمييز سيكون مصدراً للنزاعات وصعوبات رجعة ، إذ سيجب في المقصود تمييز أهمية حق الارتفاق في حالات الشفعة هذه ، والواقع أن قيم حق ارتفاق كذا في ذاته » . فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٨ في الخامس) .

أو بالمجرى أو بالصرف أو بالمرور (١) . وقد يكون مصدر حق الارتفاق الوصية أو تخصيص المالك الأصلي (٢) أو التقادم . وأيا كان المصدر فثمة حق ارتفاق يجيز الأخذ بالشفعة . ومثل حقوق الارتفاق القيود القانونية التي تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر . وقد سبق بيان هذه القيود تفصيلاً عند الكلام في القيود القانونية التي ترد على حق الملكية . فالقيود المتعلقة بالرئ من شرب ومجرى ومسيل . والقيود المتعلقة بالمطلات المواجهة أو المنحرفة ، وحق المرور القانوني ، كل هذه قيود قانونية . وقد رأينا أن هناك رأياً يذهب إلى أنها حقوق ارتفاق قانونية . وأيا كان تكييفها . وسواء اعتبرت قيوداً قانونية أو حقوق ارتفاق قانونية ، فإن قيام أى منها يسوغ الأخذ بالشفعة (٣) .

ولا مانع من أن يتحقق التلاصق بين العقارين في نفس المكان المقرر عليه حق الارتفاق (٤) . كذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع بها لمصلحة الأرض المشفوع فيها مقرراً مثله أيضاً

(١) وقد قضى بجواز الأخذ بالشفعة متى كان كل من صاحبي الأرضين يملك نصف السكة الزراعية التي اتفقا على عملها على حاشيها ، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها ، فإن كلا منهما في انتفاعه بالمرور إنما يستعمل حق ملكيته في النصف المجاور لأرضه وحق الارتفاق على النصف الآخر (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ - ص ٤٨٤) .

(٢) وقد قضى بأن ربي عقارين من سكة واحدة أنشئت بتخصيص المالك الأصل ، وقيام حق ارتفاق بالرئ بعد تقسيم العقارات ، من شأنه أن يسوغ استعمال حق الشفعة بأحد العقارين في العقار الآخر (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢١) .

(٣) انظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٥ - ٤١٦ .

(٤) وقد قضى بأنه لا يوجد قانوناً ما يمنع من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو نفسه الذي يتوافر به الجوار (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) . وقضى أيضاً بأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع أن المسافة الخاصة الفاصلة بين أرض الشفيع والأرض المشفوع فيها مملوكة مناصفة للثنين ، مما يفيد أن حق ارتفاق الرئ المقرر عليها هو مقرر على ذات الأرض المشفوع فيها التي يدخل فيها نصف المسافة ، فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) . وانظر أيضاً نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥ - وانظر في المعيار الذي يؤخذ به لمعرفة ما إذا كانت التربة تربة عامة أو تربة خاصة نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٢ ص ٤٢٣ - - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرتي ٢٦٣ ص ٤٢٦ .

لمصلحة أراضي أخرى . وإذا كان ذلك حق صرف أو حق مرور مثلاً مقرر لمصلحة عدة أراضي على أرض الشفع . وبعد إحدى هذه الأراضي . فإن للشفيع أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة . لا يمنع من ذلك أن حق الارتفاق ينشأ على أرض الشفع لمصلحة الأراضي الأخرى التي لم يجر بيعها . ذلك أن الشفع . إذا لم يتخلص في هذه الحالة من حق الارتفاق تخلصاً كلياً . فقد يتخلص منه تخلصاً جزئياً . وهذه على كل حال خطوة نحو التخلص منه نهائياً . وكذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع فيها لمصلحة الأرض المشفوع بها مقررًا مثله لمصلحة أراضي أخرى . فإن الأخذ بالشفعة في هذه الحالة أيضاً . إذا كان لا يقضي حق الارتفاق قضاء كلياً . فهو على كل حال خطوة نحو تحقيق ذلك (١) .

وإذا كان سبب الأخذ بالشفعة قيام حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها . وكان المبرر للأخذ بالشفعة في هذا الفرض هو قضاء حق الارتفاق . فإن هذا المبرر يزول إذا نزل المشتري عن حق الارتفاق لمصلحة الشفع . فإذا كانت الأرض المشفوع بها محملة بحق مرور مثلاً لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، فإن المشتري لهذه الأرض الأخيرة . وقد انتقل إليه حق المرور مع الأرض المبيعة . يستطيع أن ينزل عن هذا الحق فيزول . ولا يعود هناك مبرر للشفيع في الأخذ بالشفعة . فيسقط حقه في ذلك (٢) . والمقرر في هذا

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن اشتراك الغير في الانتفاع بحق الارتفاق الذي للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها لا يحرم الشفع من التمسك بحق الارتفاق المطالبة بالشفعة . لأن القانون لم يشترط أن يكون حق الارتفاق الذي على الأرض المشفوع فيها مقررًا لمصلحة أرض آخر دون غيرها ، أو أن يكون حق الارتفاق الذي على أرض آخر مقررًا لمصلحة الأرض المشفوع فيها وحدها (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة ص ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم . وانظر أيضاً نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة ص ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢ - استئناف مخطط ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ ص ٥٣٠ ص ٢٢٩) - وانظر أيضاً في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ وقرره ٢٣٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ - منصور مطني مصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - وانظر عكس ذلك استئناف مخطط ٨ أبريل سنة ١٩٤٤ ص ٣٠٠ ص ٢٩٩ .

(٢) استئناف مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحلدة ٢ رقم ٥٥ ص ١٨٢ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ المحلدة ٢ رقم ١٠ ص ٣١٥ - استئناف مخطط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ ص ١٨ -

الشأن أن نزول المشتري عن حق الارتفاق لا يكون له هذا الأثر إلا إذا وقع قبل رفع دعوى الشفعة . فإذا رفعت هذه الدعوى لم يعد نزول المشتري عن حق الارتفاق من أثر ، لأنه لا يستطيع بعماء وحده أن ينير من النتائج القانونية التي تترتب على رفع الدعوى فيحرم الشفيع من حق الشفعة . وهو حق أقره له القانون وقام هو بالمطالبة به (١) . وهناك رأى يذهب إلى أن نزول المشتري عن حق الارتفاق ينتج أثره ويسقط حق الشفيع حتى لو وقع بعد رفع دعوى الشفعة . بشرط أن يقع قبل صدور الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشتري ، إذ يشترط للأخذ بالشفعة أن يظل سببها قائماً من وقت صدور البيع إلى أن يحكم بها أو يسلم بها المشتري (٢) . وعندنا أن حق الشفيع يثبت بمجرد

= ص ١٥٤ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ .

وقد اكتفى في لجنة الأستاذ كامل صدق بما استقر عليه القضاء في هذا الشأن . إذا لما استفسر أحد الأعضاء « عما إذا كان من المستحسن أن يضاف إلى النص الذي تمت الموافقة عليه ما يفيد سقوط حق الشفعة في حالة التنازل عن حق الارتفاق قبل رفع الدعوى . ولفت النظر إلى حكم أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ مارس سنة ١٩٢١ جاء فيه أن تنازل المشفوع ضده أثناء سير الدعوى عن حق الارتفاق المقرر له على أرض الجاز لا يترتب عليه رفض طلب الشفعة » ، قال رئيس اللجنة إنه يرى إدخال هذه الإضافة . « وبعد مناقشة استقر رأى اللجنة على عدم الأخذ بها ، اكتفاء بالرأى الذي جرى عليه القضاء في هذه الحالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٩ في الخامس) .

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن البحث فيما إذا كان التنازل بعد رفع دعوى عن حق الارتفاق يسقط حق الشفعة أولاً يسقطه مجالاً أن يكون هذا التنازل قد تم وفقاً للقانون . ولا يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقاً للقانون إلا إذا كان هذا التنازل قد حصل شهره وفقاً لقانون الشجر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الذي حصل التنازل وقت سريانه . ولا يخفى عن ذلك مجرد تقرير بالتنازل عن حق الارتفاق في الدعوى بعد رفعها (نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٤ ص ١٢٠١) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٦ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٩ - ص ٣١٩ .

إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، إذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت ، وبتكاملها يثبت حق الشفع و يدخل محل المشتري في البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة . وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك و صدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريراً لما تم من أثر قانوني ترتب مباشرة على إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . ومقتضى هذا النظر أن نزول المشتري عن حق الارتفاق لا يكون له أثر في إسقاط حق الشفع إلا إذا صدر قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . وليس قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة أو قبل رفع الدعوى بالشفعة (١) .

١٨٧ - الحالة الثالثة للحوار — أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة

من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأول : وهنا أيضاً نواجه أراضى غير مبنية ولا هي معدة للبناء . وهي أكثر ما تكون أراض زراعية . وقد حل محل شرط قيام حق الارتفاق . الواجب توافره في الحالة الثانية . شرطان يجب توافرها في هذه الحالة الثالثة : (١) ملاصقة أرض الشفع للأرض المبيعة من جهتين . (٢) كون أرض الشفع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة . ونبحث كلا من هذين الشرطين :

(الشرط الأول) ملاصقة أرض الشفع للأرض المبيعة من جهتين : لا يكفي هنا ، في هذه الحالة الثالثة كما كان ذلك كافياً في الحالتين الأولى والثانية ، ملاصقة أرض الشفع للأرض المبيعة من جهة واحدة ، بل يجب الملاصقة من جهتين . وهذا من شأنه أن يوثق صلة الحوار ما بين الأرضين ويقوم ، إلى جانب قيمة أرض الشفع . مقام حق الارتفاق في توثيق صلة

(١) أما إذا كانت الأرض المستفوع بها هي التي لها حق ارتفاق على الأرض المستفوع فيها ، وعرض المشتري أن ينهى حق الارتفاق بنزوله للشفع عن قطعة الأرض التي يباشر فيها هذا الأخير حق ارتفاقه ، فإن ذلك يجوز ، ولكن بشرط ألا يعرض المشتري مقابلة للأرض التي ينزل عنها للشفع . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت الشفعة سبباً لكسب الملكية وثبتت متى توافرت إحدى الشفع الشروط المقررة للأخذ بها ، فلا يجوز أن يعارض هذا الحق بعرض المشتري لتنزل عن أرض الشفعة التي يدعى الشفع أن له ارتفاقاً عليها مقابل ثمن بتقاضيه من الشفع . إذ لا سند في القانون لإجبار الشفع على قبول هذا العرض (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٨ رقم ١٧) .

الحوار في الحالة الثانية ، فالملاصقة من حد واحد إذن لا تكفي ، ولو كانت في نقطتين من هذا الحد (١) . بل ولو كانت على طول هذا الحد الواحد بأكمله (٢) .

فيجب إذن أن تكون الملاصقة من جهتين أو من حدين (٣) . والمقصود بالجهة أو الحد جهة من الجهات الأصلية الأربع : الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب . وليس يلزم أن تكون الجهتان الواجب الملاصقة فيهما متجاورتين ، بل يصح أن تكونا غير متجاورتين . فكما يجوز أن تكون الملاصقة من الشمال والشرق أو من الغرب والجنوب ، يجوز أيضاً أن تكون من الشرق والغرب

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ص ٧١ - قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ الهامة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ - وقد قضى بأنه إذا كان الشفيع جاراً من حد واحد منكسر أو منحني ، فإن هذا لا يغير من وضعه من أنه جار من حد واحد فقط ، وإن كانت الملاصقة في نقطتين من نفس الحد (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - ٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نازع المشتري في جوار ملك الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين ، فقضت محكمة الموضوع بعدم جدية هذه المنازعة استناداً إلى إقرار المشتري بالوارد بمقتضى البيع سبب الشفعة من أن أرض الشفيع تجاوز القدر المبيع من الحدين الشرق والغرب ، وإلى تسليم المشتري بهذا الحوار في صحيفة دعوى التعاقد المرفوعة منه عن الأرض المشفوع فيها ، وإلى عقد شراء الشفيع لأطيانه التي تجاوز الأرض المشفوع فيها من حدين ، فإن هذه الدلائل التي أوردها الحكم كافية لحمل قضائه على هذا المصير (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٤ ص ٥٠٤) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبل والشرق مثلاً) ، بقوله إن تسجيل الشفيع عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرق يرتد أثره إلى تاريخ العقد - فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ - ويلاحظ في شأن هذا الحكم أمران : (١) ما سبق أن ذكرناه في الجزء الرابع من الوسيط من أن للتسجيل أثراً رجبياً فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨ . (٢) يبلو من وقائع القضية أن الشفيع قد شغمت بأرضين يجاور كل منهما الأرض انبعية في حد واحد . وكان يمكن أن ترفض دعوى الشفعة لهذا السبب ، إذ أن الشفعة يجب أن تشفع بأرض واحدة تجاور الأرض المبيعة في حدين كما سبق القول) .

أو من الشمال والجنوب^(١) . وتكنى الملاصقة ، في كل من الحدين ، في نقطة واحدة ولو بقدر شبر واحد ، فلا يلزم أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه^(٢) . والملاصقة من جهتين ينظر فيها إلى أرض الشفيع لا إلى الأرض المبيعة ، فإذا لاصقت الأرض المبيعة أرض الشفيع في جهتين منها فقد توافر الشرط ، حتى لو كانت الملاصقة في جهة واحدة فقط من الأرض المبيعة^(٣) .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ .

(٢) أنظر ما قد ساء آنفاً في الملاصقة في أراضي البناء فقرة ١٨٥ - وانظر نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٣٠ - وانظر عكس ذلك وأن الملاصقة يجب أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المادة الأولى من قانون الشفعة (المادة ٩٣٦ من التقنين المدني الجديد) بنصها على جواز الشفعة « إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف الأرض المشفوعة على الأقل » قد دلت على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبارة في تقرير حق الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الشفيع من جهتين من جهاتها للأرض المبيعة ، إذ هي قد أسندت الملاصقة إلى أرض الشفيع ، واشترطت أن يكون ثمن هذه الأرض مساوياً نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل . وهذا وذلك يقطعان في أن الشارع قد ركز اهتمامه في تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المبيعة ، مما يقتضي القول بأن كون الملاصقة من جهتين هو أيضاً وصف وارد على أرض الشفيع لا على الأرض المبيعة . ويؤيد هذا النظر أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الجار ، ومقتضى هذا أن هذا الجار المقصود منه الضرر عنه هو الذي تكون جيرته محل الاعتبار (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - وقد جاء في أسباب هذا الحكم : « ومن حيث إن المطلقون ضد الأول (الشفيع) والطاعنين (المشفوع ضدهم) قد اختلفوا في تحديد جوار الملكين ، الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها . فالأول يقول إن أرضه تحد الأرض المشفوع فيها من جهتين هما الحد الغربي والحد القبلي ، والآخرون يقولون إن أرضهم هي التي تحد الأرض المشفوع بها من جهتين الشرقية والقبلية ، أما أرض المشفوع بها فإنها تقع في الزاوية البحرية الشرقية للأرض الشائعة فيها المقدار المشفوع فيه ، أي أن حداها من هذه الناحية منكسر ، وهي بهذا الوضع لا تحد الأرض المشفوع فيها إلا من جهة واحدة هي إما الجهة البحرية أو الجهة الشرقية . . . ومن حيث إنه يبين من أوراق الدعوى المقدمة من الطاعنين أنفسهم أن أرض الشفيع تجاور الأرض المشفوع فيها من جهتين هما كل الحد الغربي لأرض الشفيع وكل حداها القبلي ، فتكون الشفعة في هذه الحالة جائزة ») - وأنظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٢٢ =

ويجب أن يلاصق الشفيع . في حدين من حدود أرضه الواحدة ، الأرض المبيعة . فلو لاصقها في حد واحد من حدود أرض مملوكة له ، وفي حد واحد آخر من حدود أرض أخرى مملوكة له ، لما جازت الشفعة . إذ يجب لحوازا أن يلاصق الشفيع بأرض واحدة - لا بأكثر - الأرض المبيعة . ويلاصقها في حدين من حدود الأرض الواحدة التي يشفع بها ^(١) على الوجه الذي سبق بيانه .

(الشرط الثاني) كون أرض الشفيع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة : وقد كان هذا الشرط غير مطلوب في التقنين المدني السابق . فكان بعض الناس يضاربون عن طريق المطالبة بالشفعة . فيشترون قطعاً صغيرة من الأرض في وسط أراض واسعة . ويتربصون . حتى إذا بيعت أرض مجاورة لأرضهم الصغيرة أخذوا يهددون أصحاب الشأن بأن يطلبوا الأرض المبيعة بالشفعة ، ثم يساومون ويتزاون عن حق الشفعة في نظير مبلغ من المال ^(٢) . فاشترط قانون الشفعة السابق أن تكون أرض الشفيع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة ، للحد من هذه المساومات والمضاربات . وانتقل هذا الشرط إلى التقنين المدني الجديد ^(٣) .

= أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة الكتب الفنى لأحكام النقص في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٦ رقم ٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - ص ٢٢١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ - ص ٤١٨ .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الشفيع يجاور الأرض المبيعة من جهة بأرض مملوكة له ، ويجاورها من جهة أخرى بأرض غير الأرض الأولى بصفته شريكاً في الشيوع فيها ، فلا شفعة ، لأن الشفعة ، لا يمكن أن تكون بين ثلاثة عقارات يشفع الشفيع بعقارين منها (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٣٧ ص ٤٢٤) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ - ص ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٩ - حسن كبيرة ص ٧ - ص ٨ .

(٢) وقد أشير إلى هذه المساومات في لجنة الأستاذ كامل صدق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦١ في الماش) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ .

والعبرة بقيمة أرض الشفع وقت إبرام عقد البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة ، لأن هذا هو الوقت الذي يجب أن تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة بما فيها قيمة أرض الشفع (١) . أما بالنسبة إلى الأرض المبيعة . فالعبرة بالثمن الحقيقي الذي بيعت به ولو زاد على قيمة الأرض الحقيقية . لأن هذا هو صريح النص . ولأن هذا هو الثمن الذي يجب على الشفع تقديمه للأخذ بالشفعة (٢) . أما مساحة كل من الأرضين فلا يعتد بها . فقد تكون مساحة أرض الشفع ضعف مساحة الأرض المبيعة ومع ذلك تقل قيمتها عن نصف الثمن الذي اشترت به الأرض المبيعة . فلا يجوز في هذه الحالة الأخذ بالشفعة (٣) .

وإذا كانت أرض الشفع حصة شائعة في أرض مجاورة للأرض المبيعة ، فالعبرة بقيمة كل الأرض الشائعة إذا طلب الشركاء الأخذ بالشفعة : لأن الأرض المشفوع بها تكون في هذه الحالة هي كل الأرض الشائعة (٤) . أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء في الشيوع دون الباقي ، فالعبرة بقيمة حصته الشائعة وحدها لا بقيمة كل الأرض : لأن هذه الحصة الشائعة تكون في هذه الحالة هي الأرض المشفوع بها (٥) .

(١) أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ .
(٢) محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣٠ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ - ص ٤١٩ - منصور مطلق منصور فقرة ١٣٣ ص ٣٢٠ - حسن كيرة ص ٧ - وهناك رأي يذهب إلى أن العبرة بانسيبة الحقيقية للأرض المبيعة ، لا بالثمن الذي اشترت به (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٧ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠١ ص ٤٣٩) .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ .
(٥) استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٨ ص ٤٣٢ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠١ ص ٤٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ - حسن كيرة ص ٧ - وانظر عكس ذلك وأن العبرة بقيمة كل الأرض الشائعة ولو لم ينسب الشفعة إلا لأحد الشركاء في "الشيوع : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩ .

(ب) الشروط الواجب توافرها في الشفع

١٨٨ - يباين هذه الشروط : يجب ، حتى يستطيع الشفع الأخذ

بالشفعة ، أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

(١) أن يكون مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة (١) .

(٢) أن يكون متوافرا على الأهلية الواجبة .

(٣) أن يكون غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه .

(٤) ألا يكون وقفا .

١٨٩ - الشرط الأول - الشفع مالك للعقار المشفوع به من وقت

بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة : يجب أولا أن يكون

الشفيع مالكا للعقار المشفوع به (٢) . فإن كان يشفع برقبة أو بحق انتفاع

أو بحكر (٣) ، وجب أن يكون مالكا للرقبة أو لحق الانتفاع أو لرقبة العين

المحتكرة أو لحق الحكر . وإن كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على

(١) وتنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١١٣٣ من قانون عراقى على ما يأتى :

« ١ - لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع .

٢ - ويشترط في المال المشفوع أن يكون عقاراً مملوكاً ، وأن يكون بيعه قد تم قانوناً .

ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون ملكاً للشفيع وقت بيع العقار المشفوع ، وأن يبق

مملوكاً له إلى وقت الحكم بالشفعة أو التراضى عليها » - وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية

المقاربية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على ما يأتى : « يعود حق الشفعة

للأشخاص المذكورين في المادة ٢٢٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقاً لتاريخ سند المشتري » .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المجامعة ٣١ رقم ١٦٤ ص ٥٤٩ .

(٣) ويلاحظ أن من يشفع برقبة في حق انتفاع أو في حق حكر ، ومن يشفع بحق

انتفاع أو بحق حكر في رقبة ، يجب أن يكون مالكا للرقبة أو حق الانتفاع أو حق الحكر .

وكذلك الشريك في الشيوع يجب أن يكون مالكا لحصة شائعة في الملك التام أو في الرقبة أو في

حق الانتفاع أو في حق الحكر . أما الجار ، فيجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به ملكية

تامة ، أو على الأقل يملك رقبته ، إذ النص يقول « الجار المالك » . فلا تثبت الشفعة لصاحب حق

انتفاع أو لصاحب حق حكر في العقار المجاور ، ولكن تثبت الشفعة للجار المالك ملكية تامة

أو لجار الذى له ملك الرقبة كما قدمنا (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ -

منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ - حسن كيرة ص ٧) - ولكن يجوز لجار

المالك أن يشفع في حق الانتفاع أو في حق الحكر المجاور له (أنظر مايل فقرة ١٩٥) .

الشيوع ، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة أى أن يكون أحد الشركاء في الشيوع . وإن كان يشفع بعقار مجاور في إحدى حالاته الثلاث المتقدم ذكرها ، وجب أن يكون مالكا لهذا العقار المجاور .

وملكية الشفع للعقار المشفوع به يجب أن تكون سابقة على البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة . وأهم ما يعرض في العمل في هذا الصدد أن يكون الشفع مالكا للعقار المشفوع به بموجب عقد بيع . فيجب أن يكون هذا البيع موجودا وسابقا على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ، فجرد المفاوضات بين الشفع والبائع له لا تكفى إذا لم يتم البيع (١) . وتتمام البيع نفسه لا يكفى ، بل يجب أيضا أن يكون هذا البيع مسجلا ، حتى تنتقل إلى الشفع بالتسجيل ملكية العقار المشفوع به (٢) ،

(١) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٢ ص ٧٩ - استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٢٠٣ - استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٥٣ ص ٦٦٦ - الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩١ ص ١٤٠ .

(٢) أما قبل قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، فكانت الملكية تنتقل بالبيع غير المسجل فيما بين المتعاقدين ؛ ولما كان المشفوع ضده لا يعتبر من الغير في عقد البيع الذى تملك به الشفع العقار المشفوع به ، فإن الشفع كان يعتبر مالكا بالنسبة إلى المشفوع ضده حتى قبل أن يسجل عقد شرائه للعقار المشفوع به ، فكان يجوز له الأخذ بالشفعة ولو لم يسجل (استئناف مخطوط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٥ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦١ - الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩١ ص ١٤٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٦٤ ص ٢٥١ - ص ٢٥٧) .

ولكن بعد صدور قانون التسجيل ثم قانون الشهر العقارى ، وفيهما لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين ، اجمعت القضاة والفقهاء على أن الشفع لا يجوز له الأخذ بالشفعة إذا لم يكن عقده مسجلا (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٨ ص ١٤٥ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦ - أسبوط الكلية ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٧١ ص ١١٣ - ملوى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٤٤ ص ٩٩ - استئناف مخطوط ٢ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٠ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٩ - ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٨١ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ - ٢٦ يونيو -

وأن يكون هذا التسجيل سابقا على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة (١) .
وقد اطر د قضاء محكمة النقض على أنه إذا لم يكن عقد شراء الشفيع للعقار المشفوع
به مسجلا وقت البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة . فإن الشفعة لا تجوز حتى لو
كان شراء الشفيع سابقا على البيع المشفوع فيه وسجل الشفيع عقد شرائه قبل
تسجيل هذا البيع (٢) . ولا تأخذ محكمة النقض بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين
المتعاقدين (٣) ، ولو أخذت به . كما تأخذ ، لتبين أن الشفيع بعد أن سجل
عقد شرائه أصبح مالكا للعقار المشفوع به - بالنسبة إلى من لا يعتبر غيرا
فى هذا العقد ويدخل فيهم المشتري للعقار المشفوع فيه - من وقت شراء العقار
المشفوع به لا من وقت تسجيل هذا الشراء . فيكون الشفيع ، بفضل هذا
الأثر الرجعى . مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه .
حتى لو سجل المشتري المشفوع ضده هذا البيع قبل أن يسجل الشفيع عقد

= سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٤ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٥
- إسماعيل غانم ص ٧٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ - حسن كيرة ص ١٠ . ونظر
عكس ذلك وأنه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده : عبد السلام ذهني فى الأموال
فقرة ٤٦٣ ص ٦٥٧ و فقرة ٤٨٩ ص ٦٧٩ - ص ٦٨٠ .

(١) نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨ - ١٨ فبراير
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة
أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦ - وعلى الشفيع إثبات ملكيته للعقار المشفوع به وقت
صدور البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ -
٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) .

(٢) فلو كان الشفيع للعقار المشفوع به غير مسجل ، ورفع الشفيع على البائع له
دعوى بصحة التعاقد وسجل صحيفة الدعوى : وصدر الحكم بصحة التعاقد . ثم صدر البيع الذى
يؤخذ فيه بالشفعة قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد ، لم ينعز للشفيع الأخذ بالشفعة ، لأن الحكم
بصحة التعاقد لم يسجل قبل صدور البيع المشفوع فيه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة
عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٥ -
محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٦ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة ٢٩٥ ص ٤٣٤ -
ص ٤٣٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٢) .

(٣) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - ٤ أبريل
سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٥ ص ١٤٥ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم
١١٢ ص ٢٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٨ فبراير
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .

شرائه . فيجوز إذن . في رأينا ، للشفيع أن يأخذ بالشفعة متى سبق عقد شرائه للعقار المشفوع به البيع المشفوع فيه . على شرط أن يسجل عقد شرائه (١) . أما قبل هذا التسجيل فلا يجوز له الأخذ بالشفعة .

ولا يكتفى أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه ، بل يجب أيضا أن يبق مالكا لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه في الشفعة (٢) . فلو أنه . ما بين وقت صدور البيع المشفوع فيه ووقت ثبوت

(١) وهذا ما سبق لنا القول به عند الكلام في عقد البيع ، فقد قررنا في هذا المصد ما يأتي : « نفرض مشتريا لعقار لم يسجل عقده . وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي ، لاعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وهذا ما فعلته محكمة النقض - فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة . وذو اثر الأخذ بالأثر الرجعي ، وإعطاء المشتري الحق في الأخذ بالشفعة . ولو قلنا بالرأى الذي ذهبت إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون في هذه الحالة هو المالك السابق الذي باع للمشتري العقار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه . ولذلك في أنه بين المالكين المتعاقبين - البائع للعقار المشفوع به والمشتري إياه - المشتري هو الذي مجاورا للعقار وهو الأول بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قيل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فينتظر بذلك حق قرره القانون وتبيت الأسباب لكسبه » (الوسيط : ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) . وقد ناقشنا طويلا ، عند الكلام في البيع ، الرأى القائل بأن لتسجيل أثرا رجعيا فيما بين المتعاقبين دون النير ، وانتصرنا لهذا الرأى ، واستندنا في ذلك إلى جملة من الحجج تدعمه : فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (الوسيط : ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦) . وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ ص ٤٣٣ هامش ٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢١ هامش ٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أحدث المشتري لأرض بعقد غير مسجل بناء على الأرض ، أصبح هذا البناء ملكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله من حق البناء على سبيل البناء والقرار ومن ثم يقوم به سبب شفعة بوصفه جارا مالكا لبناء (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ٤٨ ص ١٦٦) . ويؤخذ على هذا الحكم أنه لو صح مذهبنا ليد بحكمة النقض من أن المشتري يشفع بالبناء - لا بالأرض - لوجب أن يكون البناء نفسه هو الملائق للعقار المشفوع فيه ، ولا يكتفى أن تكون الأرض هي الملائقة .

(٢) وثبوت حق الشفيع في الشفعة ، بحسب قضاء محكمة النقض ، إنما يكون بصور الحكم بثبوت الحق في الشفعة ، أو من وقت التراضي على الأخذ بالشفعة أي من وقت تسليم المشفوع خده للشفيع بالشفعة . وفي رأينا أن الشفيع يثبت حقه في الشفعة ، إذا توافرت =

حقه في الشفعة ، باع العقار المشفع به أو وجهه فلم يعد مالكاً له (١) ، أو وقفه فأصبح لا يستطيع أن يبيع بالمال الذي وقف (٢) كما سيبيح ، أو انقسخ سند ملكيته للعقار المشفوع به بتحقيق شرط فاسخ مثلاً ، أو انقطع التلاصق ما بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فلم يعد الشفع جارياً يجوز له الأخذ بالشفعة (٣) ، أو انقسم العقار المشفوع به وكان حصة شائعة فأصبح عقاراً مفترزاً لا يلاصق العقار المشفوع فيه ، فإن ملكية الشفع للعقار المشفوع به على الوجه الذي يصح معه الأخذ بالشفعة تكون قد انقطعت قبل أن يثبت حقه في الشفعة ، فلا يستطيع المضي بعد ذلك في إجراءات الأخذ بالشفعة إذ يكون حقه فيها قد سقط (٤) .

ويجب أن تكون ملكية الشفع ، من وقت البيع المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة على النحو الذي تقدمناه ، ملكية قائمة . فلو لم تكن قائمة ، فلا شفعة . ويترتب على ذلك أن الشفع ، إذا كان يملك العقار المشفوع به بالتقادم ولم تكن مدة التقادم قد اكتملت وقت صدور البيع المشفوع فيه ، لا يحق له الأخذ بالشفعة ، حتى لو اكتملت هذه المدة قبل الأخذ بالشفعة (٥) . كذلك

عشراتها ، من وقت إعلان رغبته في الأخذ بها . فبهذا الإعلان تكون عناصر الأخذ بالشفعة قد تكاملت ، وحل الشفع محل المشتري في البيع المشفوع فيه . وليس الحكم بثبوت الحق في الشفعة ، أو التراضي على ثبوت هذا الحق ، إلا تقريراً لما تم قبل ذلك وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . وسيأتي بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الحكم بالشفعة .

(١) فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر ، وكذلك من انتقلت إليه الملكية من مشتري أو موهوب له لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالئاً وقت صدور البيع المشفوع فيه (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٤ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٢٦) .

(٢) استئناف مخطوط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ .

(٣) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - ص ٤٣٩ .

(٤) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ - إسماعيل غانم

ص ٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كبيرة ص ٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن من شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفع مالئاً

لما يشفع به ، ولا يكفي أن يكون حائزاً أو واضع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام المفضي ٧ رقم ٢٢ ص ١٦٢) . وانظر محمد كامل -

لا شفعة إذا كان سند الشفع في ملكية العقار المشفوع به وقت صدورها أو عقدا باطلا ، فإن كلا من العقدين لا وجود له حتى نوحسب . ولا يكون من شأنه أن يجعل الشفع مالكا للعقار المشفوع به (١) . ولا شفعة أيضا إذا كان سند الشفع في ملكية العقار المشفوع به بيعا معلقا على شرط واقف ولا سجل ، فإن ملكية الشفع للعقار المشفوع به تكون موقوفة . ولا يتغير الحكم حتى لو تحقق الشرط الواقف قبل الأخذ بالشفعة ، فإن ملكية الشفع كانت موقوفة غير قائمة وقت صدور البيع المشفوع فيه . ولا يعتد هنا بالأثر الرجعي للشرط الواقف ، فإن هذا الأثر الرجعي مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين ولا عمل له في نطاق الشفعة (٢) . وقد قدمنا أنه لا تجوز الشفعة إذا كان سند ملكية الشفع للعقار المشفوع به غير مسجل وقت صدور البيع المشفوع فيه ، فإن السند غير المسجل لا يجعل الشفع مالكا للعقار المشفوع به .

ولكن يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند ملكية الشفع للعقار المشفوع به بيعا معلقا على شرط فاسخ . فإن هذا البيع إذا سجل تنتقل به ملكية العقار المشفوع به إلى الشفع معلقة على شرط فاسخ ، والملكية المعلقة على شرط فاسخ بخلاف الملكية المعلقة على شرط واقف ملكية قائمة تجوز الشفعة بها . وكان المشتري للعقار وفاء ، وقت أن كان بيع الوفاء جائزا ، إذا سجل البيع . يجوز له الأخذ بالشفعة لأنه يكون مالكا تحت شرط فاسخ (٣) . ولا تجوز الشفعة للبائع

= مرسى ٣ فقرة ٢٦٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٣ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ ص ٤٣٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢١ - وانظر عكس ذلك عبد السلام ذهبي في الأموال فقرة ٤٨٠ ص ٦٧٢ .

(١) عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٧ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ١١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٣ (فيما يتعلق بالعقد الباطل) .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٠ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٣ ص ٤٦٦ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٧ - ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ١١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان سند ملكية الشفع هو عقد بيع وفاء رفعت دعوى بطلانه لما يفصل فيها ، فلا يكون الحكم له بالشفعة مخالفا لمقتضى . وأنه مجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكا للمشتري ينتفع بسائر حقوق الملاك ، ومن ثم يثبت له حق الشفعة من تاريخ تسجيل =

وفاء لأنه يصبح مالكا تحت شرط واقف . وإذا أخذ المالك تحت شرط فاسخ بالشفعة وثبت له حقه في ذلك ، ثم تحقق الشرط الفاسخ ولم يعد الشفيع مالكا للعقار المشفوع به بأثر رجعي ، فإن ذلك لا أثر له في ثبوت حق الشفعة له ، وقد قدمنا أن الأثر الرجعي للشرط لا يعنّد به في نطاق الشفعة . لكن إذا تحقق الشرط الفاسخ قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به تنسخ ، ولا يعود الشفيع مالكا لهذا العقار ، وبذلك لا تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة ، ومن ثم يسقط حق الشفيع في الأخذ بها (١) .

وكذلك يجوز الأخذ بالشفعة إذا كانت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية شائعة ، وكان الجوار هو سبب الأخذ بالشفعة (٢) . فلو كان العقار المشفوع به الملاصق للعقار المشفوع فيه مملوكا على الشيوع لعدة شركاء ، فإن للشركاء جميعا يستطيعون الأخذ بالشفعة . ويجوز لأى شريك منهم أيضا أن يأخذ وحده بالشفعة مستندا في ذلك إلى حصته الشائعة ، فإن الحصة الشائعة عقار مملوك لصاحب هذه الحصة ، وتجاوز الشفعة به (٣) . وقد قدمنا أنه إذا

عقده ما دام لم يقض بطلانه (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص ٤٧٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ١١ .

(١) انظر آنفا نفس الفقرة - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٥ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - ص ٧٧ - وانظر في الآراء المختلفة في حق الشفيع المالك تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف في الأخذ بالشفعة في عهد قانون الشفعة السابق ومناقشة هذا الآراء : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٨ - فقرة ٢٦١ .

(٢) أما إذا كان الشفيع يشفع بحصة شائعة في حصة شائعة أخرى باعها شريك آخر ، فلا شك في جواز الأخذ بالشفعة . على أن الشفيع في هذه الحالة لا تجوز له الشفعة إلا بحصة شائعة .

(٣) وثبت حق الشفعة في كل العقار المشفوع فيه لكل واحد من الشركاء المشاعين إذا انفرد ، وهم جميعا إذا اجتمعوا ، فليس اجتماعهم ضروريا لصحة الطلب ، وانفراد أحدهم به جائز (استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ١٠٩ - كسر الزيات ٣ يونيو سنة ١٩٠٧ - المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ - استئناف مختلف ٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤١ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٤) .

كان الشفيع بالحصصة الشائعة جاراً للعقار المشفوع فيه وكان الواجب أن تكون قيمة العقار المشفوع به لا تقل عن نصف ثمن العقار المشفوع فيه ، فالعبارة في هذه الحالة بقيمة الحصصة الشائعة وحدها لا بقيمة العقار الشائع كله (١) . وإذا أخذ مالك الحصصة الشائعة بالشفعة ، وثبت له الحق فيها ، فإن اقتسامه بعد ذلك للعقار الشائع مع شركائه لا أثر له في حقه الذي ثبت له في الأخذ بالشفعة ، حتى لو كانت هذه الحصصة الشائعة بعد إفرازها بالقسمة أصبحت غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه ، ولا يعتد بالأثر الرجعي للقسمة في نطاق الشفعة . لكن إذا أفرزت الحصصة الشائعة بالقسمة قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، وأصبحت بعد الإفراز غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه (٢) ، فإن الحق في الشفعة يسقط ، لأن الملاصقة للعقار المشفوع فيه لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٧ في آخرها .

(٢) ويجب على المشتري أن يقيم الدليل على حصول القسمة ، ولمحكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية أن تزن الأدلة التي يستند إليها المشتري لإثبات ذلك . فإذا قدرت أن هذه الأدلة لا يمكن التعميل عليها فأهدرتها ، وانتهى اقتناعها إل بقاء حالة الشيوع بين الشركاء ، فإن هذا من حقها ، ويكون النسي على حكمها قائماً على غير أساس (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٤٣ ص ٩٠٥) .

أما إذا ثبتت القسمة ، فإنه يكون لها هذا الأثر ولولم تكن قد سجلت ، لأن تسجيل القسمة إنما شرع لحماية الغير الذي يحتاج عليه بالقسمة ، ولكن الغير له أن يملك بالقسمة بالرغم من عدم تسجيلها ، ولا يجوز للمتقاسمين أن يتسكوا بعدم تسجيل القسمة (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١ - ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) . وانظر إسماعيل غانم ص ٧٢ - ص ٧٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ ص ٤٢٣ - ص ٤٢٤ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للجار الذي يملك على الشيوع أن يطلب الشفعة ولولم يشترك معه باقي شركائه في الملك ، وذلك لأنه إنما يملك نصيبه في كل ذرة من العقار المشترك . ولا يؤثر في ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع ، لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مالكا له حين الأخذ بالشفعة . وبقاء الجوار ليس بشرط البقاء الاستحقاق . فإذا حصلت القسمة قبل انقضاء الشفيع بالشفعة ولم يختص بالجزء المجاور للعقار المشفوع ، سقط حقه فيها . أما إذا قضى له بها قبل حصول القسمة ، فلا يتم زوال ملكه الذي يشفع به بعد ذلك عن طريق القسمة أو أي طريق آخر (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم -

وبجوز الأخذ بالشفعة أخيراً إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه قابلاً للإبطال ، كما لو كان بيعاً صادراً من ناقص الأهلية أو مشوباً بعيب في الرضاء . فإن البيع القابل للإبطال ، إذا سجل ، ينقل الملكية إلى الشفيع ، فتكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية قائمة وإن كانت معرضة للإبطال ، فتجوز الشفعة بها (١) . وإذا ثبت حق الشفيع في الشفعة في هذه الحالة ، ثم أبطل عقد البيع سند ملكية الشفيع ، فإن الملكية تزول بأثر رجعي ، ولكن لا يكون لزوالها على هذا النحو أثر في الحق الذي يثبت للشفيع في الأخذ بالشفعة (٢) . أما إذا أبطل البيع قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، وزالت ملكية الشفيع ، فإن حقه في الشفعة يسقط ، لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة .

(١٧٣ ص ٤٨٦) . وانظر استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٧ - استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ - كفر الزيات ٣ يونيو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ - استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤١ - ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٥٦ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠٧ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ ص ٤٢٣ و فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ .

وانظر عكس ذلك بني سويف الجزئية ٣١ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ٢٠ ص ٥٢ - استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ (يجب اشتراك جميع الشركاء للأخذ بالشفعة) - ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٠ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٩ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٦ (حتى لو أصبح الشريك مالكا لكل العقار الشائع في أثناء دعوى الشفعة) - ١١ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ .

(١) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٦٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص ٤٧١ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كبيرة ص ١١ - ولايجوز للمشتري طلب إبطال العقد لأن حق الإبطال لم يتقرر لمصلحته (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩) .

(٢) إسماعيل غانم ص ٧٧

١٩٠ - الشرط الثاني - الشفيع قد توافرت فيه الأهلية الترابية :

ويجب أن تتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة . ولما كان الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، إذ هو في حكم شراء العقار المشفوع فيه ، والشفيع إنما يحل بإرادته أي بتصرفه القانوني محل المشتري ، فإن الأهلية الواجب توافرها في الشفيع للأخذ بالشفعة هي أهلية التصرف ، ولا تكفي أهلية الإدارة .

وعلى ذلك إذا كان الشفيع كامل الأهلية ، أي بالغاً من الرشد غير محجور عليه ، توافرت فيه الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة ، وجاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بها . وإذا كان له وكيل وكالة عامة . لم يجوز للوكيل الأخذ بالشفعة لأن وكالته مقصورة على أعمال الإدارة ، ولا بد من وكالة خاصة للأخذ بالشفعة لأن الأخذ بها من أعمال التصرف كما قدمنا (م ٧٠٢ مدني) .

أما إذا كان الشفيع قاصراً ، وله أب ولي عليه أو يلي الولاية عليه ولي الأب ، فإنه يجوز للولي أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون استئذان المحكمة . فإذا كان ولي القاصر هو الجد ، لم يجوز له أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر إلا بعد استئذان المحكمة ، ذلك بأن المادة ١٥ من قانون الولاية على المال تنص على أنه لا يجوز للجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف في مال القاصر ولا الصلاح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها . والأخذ بالشفعة تصرف في مال القاصر ، إذ يترتب عليه أن يحل القاصر محل المشتري في التزاماته وأن يودع تمهيداً لذلك خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . أما إذا لم يكن للقاصر ولي ، فوصيه هو الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه ، ولكن يجب عليه استئذان المحكمة (١) . وكالوصي القيم على المحجور عليه ، فإذا كان الشفيع محجوراً عليه ، فالقيم هو الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه ويجب عليه استئذان المحكمة (٢) .

(١) استئناف مختلف ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٦ .

(٢) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٦٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٨ ص ٤٥٠ - إسماعيل غنم ص ٧٨ - أما المشفوع ضده ، وهو المشتري ، فإذا كان كامل الأهلية ، جاز له التسليم بالشفعة رضاه أو الخاصة فيها قضاء . وإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه ، ناب عنه في التسليم بالشفعة رضاه وليه أو وصيه أو القيم عليه ، ويجب على الوصي أو القيم استئذان المحكمة . وناب عنه في الخاصة قضاء وليه أو وصيه أو القيم ، وفقاً لتقواعد العامة في الخاصة القضائية .

١٩١- الشرط الثالث - الشفع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه :

ولما كان الأخذ بالشفعة بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه ، إذ الشفع يحل محل المشتري فيصبح هو المشتري للعقار ، لذلك لا تجوز الشفعة إذا كان الشفع ممنوعاً بحكم القانون من شراء هذا العقار . ونذكر أحوالاً ثلاثاً الشفع فيها ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه ، ومن ثم لا يجوز له أخذه بالشفعة :

(الحالة الأولى) إذا كان العقار المشفوع فيه أرضاً زراعية ، وكان من شأن شرائها أن يزيد ما يملكه الشفع من الأراضي الزراعية على الحد الأقصى الجائز تملكه بموجب قانون الإصلاح الزراعي (مائة فدان) ، فكما لا يجوز له شراء هذه الأرض ، كذلك لا يجوز له أن يشفع فيها (١) ، فلو أن شخصاً يملك ثمانين فداناً مثلاً ، ويجاور أرضه أرض مقدارها أربعون فداناً باعها صاحبها ، فلا يجوز للأول أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة . ذلك بأنه لو أخذ الأرض المبيعة كلها بالشفعة ، لأصبح ما يملك من الأراضي الزراعية مائة وعشرين فداناً وهذا غير جائز ، ولو اقتصر على أخذ عشرين فداناً منها لبلغ ما يملك مائة فدان فلا يجاوز الحد الأقصى لتفرقت الصفقة على المشتري وهذا أيضاً غير جائز (٢) .

(الحالة الثانية) نصت المادة ٤٧٩ مدني على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلني ، ما يئط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى » . ويخلص من هذا النص أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحة الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعاً . والنيابة في بيع مال الغير

(١) نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٨ ص ٧٩٨ -
إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٩ - منصور مصطفى منصور
فقرة ١٣٦ ص ٣٢٤ - حسن كبيرة ص ١١ - وانظر آنفاً فقرة ١٧٣ في آخرها في الهامش .
(٢) الوسيط ؛ فقرة ٢٠١ .

قد تأتي من اتفاق وهذه هي الوكالة ، وقد تأتي عن طريق نص في القانون وذلك هو المولى ، وقد تأتي عن طريق أمر من السلطات المختصة كما هي الحال في الوصي والقيم والوكيل عن الغائب والسندياك والحارس القضائي (١) .

فالنائب عن غيره ، على الوجه المتقدم ، في بيع مال هذا الغير ، ممنوع من شراء هذا المال لنفسه . فلا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ، نائبا في البيع وأصيلا في الشراء . وكما لا يجوز له أن يشتري لنفسه عقارا نيطة به ببيع ، كذلك لا يجوز له ، إذا باع هذا العقار للغير تنفيذا لنيابته ، أن يشفع فيه . فإذا وكل مالك العقار شخصا في بيع عقاره ، وباعه الوكيل لمشتري تنفيذا للوكالة ، لم يجوز للوكيل ، إذا توافرت له أسباب أخذ العقار بالشفعة ، أن يشفع فيه . وذلك لسبب عام ، هو ما قدمناه من أن الوكيل بالبيع ، أو أى نائب عن غيره في البيع ، ممنوع من شراء ما نيطة به ببيع ، سواء عن طريق الشراء مباشرة ، أو عن طريق الأخذ بالشفعة وهو في حكم الشراء . ويساند هذا السبب سبب آخر ، هو أنه لو جاز لمن نيطة به ببيع العقار أن يشفع فيه ، لما أعياه أن يتواطأ مع المشتري على ثمن بخس وشروط يسيرة ، حتى إذا ما أخذ بالشفعة أفاد من كل ذلك . ثم إن هناك سببا ثالثا يتضافر مع السببين المتقدمين ، في حالة ما إذا كانت النيابة في بيع العقار مصدرها الاتفاق أو الوكالة ، هو أن الوكيل الذي يرضى أن يكون وكيلًا في بيع العقار لأجنبي يكون قد نزل بذلك نزولا ضمنيًا عن حقه في أخذ هذا العقار بالشفعة ، وقد قدمنا أنه يجوز النزول مقدما عن الأخذ بالشفعة (٢) .

(الحالة الثالثة) نصت المادة ٤٧١ مدني على أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ،

(١) والسامرة والخبراء في حكم من ينوب عن الغير في بيع ماله ويسرى عليهم نفس الحكم ، فقد نصت المادة ٤٨٠ مدني على أنه « لا يجوز للسامرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال الموهوبة إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء باسمهم أم باسم مستعاره . وانظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٥٣ - فقرة ٥٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٩ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢١ - إسماعيل غانم ص ٧٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٦ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ .

لا بأسمائهم ولا باسم مستعار . الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا . ونصت المادة ٤٧٢ مدني على أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها ، إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا » . ويتبين من هذه النصوص أن المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون ، على وجه سبق تفصيله عند الكلام في البيع . (١) وجزاء الحظر هو بطلان البيع لمخالفته للنظام العام ، فما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها ، وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فلا في القليل قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلا من الشبهة في حيدة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه (٢) .

فإذا كان شراء عقار متنازع فيه محظورا على عمال القضاء الذين سبق ذكرهم ، متى وقع النزاع في اختصاصهم ، فكذلك لا يجوز لهم أن يشفعوا في هذا العقار المتنازع فيه إذا توافرت لهم أسباب أخذه بالشفعة . فإذا باع شخص عقارا ينازعه شخص آخر في ملكيته ، فالقاضي الذي يدخل في اختصاصه نظر هذا النزاع ، أو المحامي الموكل في هذا النزاع بل حتى لو لم يكن موكلا فيه متى كان نظر النزاع من اختصاص محكمة مسموح له بالمرافعة أمامها ، لا يجوز له أن يشتري هذا العقار للسبب المتقدم ذكره . وإمعانا في درء الشبهات عن سمعة القضاء ، لو أن هذا العقار المتنازع فيه باعه صاحبه لأجنبي ، وتوافرت لقاض أو لمحام أو لأي عامل آخر من عمال القضاء ، يكون نظر النزاع داخلا في اختصاصه أو في اختصاص المحكمة المسموح له بالمرافعة أمامها ، أسباب أخذه بالشفعة ، لم يجز له أخذه . فما يحرم عليه شراؤه ، يحرم عليه كذلك أخذه بالشفعة . ولو أجزنا له الأخذ بالشفعة وخل محل المشتري في شراء العقار المتنازع فيه ، فإن النزاع لا يزال داخلا في اختصاصه ، ويصعب على من

(١) الرسيط ٤ فقرة ١١٢ - فقرة ١١٣ .

(٢) الرسيط ٤ فقرة ١١٢ ص ٢١٨ .

ينازع البائع في ملكية هذا العقار أن يضمن إلى حيدة عمال القضاء عند نظر هذا النزاع وواحد منهم هو الذي شفع في العقار وحل محل مشريه وأوتنحي بعد ذلك عن نظر النزاع . ثم ألا يجوز لعمل القضاء ، لو أبيع له الأخذ بالشفعة . أن يستعمل الأخذ بها سبيلاً للتحويل ليتغلب على منعه من شراء العقار المتنازع فيه مباشرة ؟ فما عليه للوصول إلى ذلك إلا أن يتواطأ مع صاحب العقار المتنازع فيه . فبيع هذا الأخير العقار لأجنبي . ثم يأخذ عامل القضاء بالشفعة من هذا الأجنبي (١) .

١٩٢ - الشرط الرابع - الشفع لبس بوقف - نص قانوني :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٩ مدني على ما يأتي :

« ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة » (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى على ذكرى العراقي فقرة ٦٢ ص ٣٧ - ص ٣٨ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٣٢ ص ٧٤٧ - عبد المنعم الدواوي فقرة ٤٢١ ص ٤٥١ - إسماعيل غانم ص ٧٨ - عبد المنعم فيج الصدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٤٠ - منصور مصطف منصور فقرة ١٣٦ ص ٣٢٥ - حسن كيرة ص ١١ - محمود فهمي في رسالته في الشفعة ص ١٧٥ - ص ١٧٦ . وانظر عكس ذلك ، وأنه إذا كان لا يجوز لعمال القضاء أن يشتروا العقار المتنازع فيه ، فإنه يجوز لهم أخذه بالشفعة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٥ - وما دام أصحاب هذا للركى العكسي قد أجازوا لعمال القضاء أخذ العقار المتنازع فيه بالشفعة ، فهل يجوزون أن يسترد من ينازع البائع في ملكية العقار هذا العقار من تحت يد الشفع إذا هو رد إليه الثمن الذي دفعه والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع تطبيقاً للمادة ٤٦٩ مدني ؟ الظاهر أنهم لا يجوزون ذلك ، لأنهم لا يعتبرون الشفع مضارباً عندما أخذ بالشفعة (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٧) . فإذا قلنا بعدم جواز الاسترداد فقد عطلنا حقاً للاسترداد أعطاه إياه القانون لحكمة مشروعة ، بل لجاز استعمال الشفعة سبيلاً للتحويل على تعطيل هذا الحق . وإذا قلنا بجواز الاسترداد ، فقد عطلنا حقاً مشروعاً آخر في نظر أصحاب هذا الرأي ، هو حق الشفع في الأخذ بالشفعة .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة التالية من المادة ١٣٨٧ من المشروع

التهديدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتيش المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/١٠١٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١٠٠٩ . و لجنة مجلس الشيوخ اقترح أحد الأعضاء النص على جواز الشفعة في الوقف ، ولكن اللجنة لم توافق على ذلك . وأقرت النص على ما هو عليه تحت رقم ٢/٩٣٩ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته بئس (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٠٣ - ص ٤٠٩) .

وبتبين من هذا النص أنه إذا كان العقار المشفوع به عقاراً موقوفاً ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة ؛ وهذا هو حكم الفقه الإسلامي . ففيه لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار . فإذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك ، فلا شفعة للوقف — من ناظر أو موقوف عليه — لا في العقار المجاور ولا في الجزء الملك من العقار (١) . والسبب في ذلك أن ناظر الوقف لا يعتبر مالكا للعقار الموقوف حتى يصلح أن يكون شافعياً ، وكذلك الموقوف عليه ليس مالكا للعقار الموقوف فشأنه شأن الناظر في عدم الصلاحية للأخذ بالشفعة . ثم إنه لو جاز أن يأخذ الوقف بالشفعة ، لوجب أن يصبح العقار المشفوع فيه هو أيضاً وقتاً دون أن تصدر حجة بوقفه . وإذا كان العقار المشفوع به ملكاً لا وقتاً وقت بيع العقار المشفوع فيه . ثم وقف قبل ثبوت الحق في الشفعة . فإن الشفعة تسقط لأن العقار المشفوع به وإن كان ملكاً وقت البيع المشفوع فيه لم يستمر كذلك إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة (٢) . وإذا تمسك الشافع بأن وقف العقار المشفوع به غير صحيح ، وأنه لذلك يستطيع أن يشفع به إذ يبنى ملكاً بعد أن بطل وقفه ، وجب أن توقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة المختصة في صحة الوقف (٣) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق اذلة ؛ : لا شفعة للوقف . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) - ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٢/٩٤٣ : لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة ، عالم يحتفظ الواقف بذلك في حجة الوقف الأهل . (ويختص التقنين الليبي في أنه يجوز لأوقف أن يأخذ بالشفعة ، إذا احتفظ له الواقف بهذا الحق في حجة الوقف . ويبدو أن ما يأخذه الوقف بالشفعة في هذه الحالة يصبح موقوفاً مثله) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (والظاهر أن الوقف لا يأخذ بالشفعة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٤ (معدله بقانون د ش ١٩٤٨) : لا شفعة للوقف . . (والنص يوافق نص التقنين المدني المصري) .

(١) الخاتبة ص ٥٤٢ - ابن عابد بن ص ١٥٧ - مرشد الخير انم ١١٣ - الخاتبة ص ١٠١٧ - ١٠١٩ .

(٢) استئناف مخطوط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - عبد النعم البدر أوى فقرة

٥٢٠ - منصور مصطفى منصور . فقرة ١٣٥ - وانظر أيضاً فقرة ١٨٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الخاتمة ٨ رقم ١٥٢ ص ١٩٠ - محمّد كمال

مرسى ٣ فقرة ٢٦٣ ص ٢٦٥ .

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف ، فإنها تجوز في الوقف . ويتحقق ذلك إذا بيع الوقف بمسوغ شرعي ، كما إذا شرط الواقف استبداله فاستبدل . فإن العقار الموقوف إذ يباع للاستبدال يصبح ملكا فتجوز الشفعة فيه . وأما ثمنه فيشترى به عقار آخر ، هو الذي يصبح وقفا . ولا تجوز الشفعة فيه (١) . أما إذا كان لا يجوز بيع العقار الموقوف أصلا ، كأن كان مسجدا ، فلا يجوز أخذه بالشفعة لأنه لا يصح بيعه (٢) . وإذا كان العقار المشفوع فيه ملكا . فوقفه المشتري بعد طلب الشفعة . اعتبر هذا تهربا من الشفعة ، فيكون الوقف باطلا ويجوز أخذ العقار بالشفعة (٣) . وفي التقنين المدني الجديد ، كما في قانون الشفعة السابق ، العبرة بتسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، فإذا وقف العقار بيع فيه بعد تسجيل هذا الإعلان فإن الوقف لا يسرى في حق الشفع ، ويستطيع أخذ العقار بالشفعة بالرغم من وقفه (م ٩٤٧ مدني (١)) .

§ - ٢ نحدد الشفعاء ونزاهتهم

١٩٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٧ مدني على ما يأتي :

- ١ - « إذا تراحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة » .
- ٢ - « وإذا تراحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » .

(١) محمد علي عركة ٢ فقرة ٢٨١ ص ٤٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٨ - وانظر مآدار من مناقشات في هذه المسألة في لجنة الأستاذ كامل صدق في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٠٧ في الهامش .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٦ .

(٣) بني سويف ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص ٣٢٨ .

(٤) ويجوز التساؤل هل تصح الشفعة بالملك الخاص للدولة ، فإذا كان للدولة عقار مملوك ملكا خاصا ، وتوافرت في هذا العقار شروط المقار المشفوع به ، فهل تستطيع الدولة أن تشفع به في عقار آخر يبيع فتأخذ هذا العقار بالشفعة ؟ أجبنا على هذا السؤال في الجزء الثامن من الوسيط بما يأتي : « أما الشفعة ، فيندر أن تشفع الدولة في عقار إلا إذا قامت ضرورة ملحة لذلك ، وعند ذلك لا نرى مانعا من أن يأخذ المقار بالشفعة » (الوسيط ٨ فقرة ٧٦ ص ١٥٥) .

٣ - « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعياً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » (١) .
ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ٧ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣١ - ١١٣٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٠ - ٢٤١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى كانت تتضمن في آخرها العبارة الآتية : « إلا أنه فيما بين الجيران يقدم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » . ولما كانت لجنة المراجعة قد حذفت الشفعة بسبب الجوار ، فقد حذفت تبعاً لذلك هذه العبارة ، حيث أصبح لا لزوم لها ، وأقرت اللجنة النص، بعد هذا الحذف تحت رقم ١٠٠٩ في المشروع النهائي . ووافق على النص كما هو مجلس النواب ، تحت رة ١٠٠٩ دون أن ينتبه المجلس ، بعد أن أعاد الشفعة بسبب الجوار ، إلى وجوب إعادة العبارة المحذوفة . ثم وافق على النص مجلس الشيوخ ، دون تعديل تحت رقم ٩٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٨٥ - ص ٣٩٤) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ٧ : إذا تعدد الشفعاء يكون الحق في الشفعة : (أولاً) للمالك الرقة . (ثانياً) للشريك الذي له حصة مشاعة . (ثالثاً) لصاحب حق الانتفاع . (رابعاً) للجار المالك - فإذا تعدد مالكو الرقة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون بقدر نصيبه - وإذا تعدد الجيران ، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره .

(٣) قانون الشفعة السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد فيما عدا أموراً ثلاثة : (١) لم يدرج قانون السعة السابق صاحب الرقة في الحكر وصاحب حق الحكر بين الشفعاء ، ولذلك لم يورد ترتيباً لها . (٢) لم ينص ، كما نص التقنين المدني الجديد ، على حكم تزامم المشتري الشفع مع غيره من الشفعاء . (٣) وضع قاعدة للفاضلة بين الجيران الشفعاء إذا تعددوا ، وأغفل التقنين المدني الجديد وضع هذه القاعدة سهواً .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤١ : ١ - إذا تزامم الشفعاء ، يكون استمالة حق الشفعة هل حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة . ٢ - وإذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . ٣ - فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعياً بمقتضى نص المادة -

ويفترض النص المتقدم الذكر أن هناك أكثر من شفيح واحد توافرت فيهم شروط الأخذ بالشفعة . فإذا لم يتقدم منهم لطلب الشفعة إلا شفيح واحد ، ولم يزاحمه في طلبها أحد من الشفعاء الآخرين ، جاز له أن يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه أو بعضه طبقاً لما يقرره مبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة وعدم

= السابقة ، فإنه لا يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته . (ويتفق التقنين الليبي مع التقنين المصري إلا في أمر واحد : إذا كان المشتري هو نفسه أحد الشفعاء ، فإنه لا يفضل على من يزاحمه من الشفعاء الذين هم من طبقته في التقنين الليبي ، ويفضل في التقنين المصري . والتقنينان سواء في تفضيل المشتري الشفيح على شفعاء أدنى من طبقته ، وفي تفضيل الشفيح الأعلى من طبقة المشتري) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣١ . ١ - إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استمالة حق الشفعة بحسب الترتيب المميز في المادتين السبعين . ٢ - وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي . إلا أنه فيما بين الخطاء يقدم الأخص على الأهم ، فمن له حق شرب في الحزن المشعب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب في ذلك النهر ، ويقدم الخليط في حق الشرب على الخليط في حق المرور . (ويختلف التقنين العراقي هنا عن التقنين المصري في أنه إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة كان استحقاق الشفعة بينهم على التساوي في التقنين العراقي ، وبقدر نصيب كل منهم في التقنين المصري . ووضع التقنين العراقي قاعدة خاصة في ترتيب الشفعاء إذا كانوا خطاء) . م ١١٣٢ : إذا كان المشتري للعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التي تجمله شفيحاً ، فإنه مفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى . (ويتفق التقنين العراقي في هذا الحكم مع التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٠ (مدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تزاحم

الشفعاء من فئات مختلفة ، يكون استمالة حق الشفعة بحسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة - وإذا تزاحم الشفعاء من فئة واحدة في الأحوال الأربعة الأولى المبينة في المادة السابقة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . وإذا تخلف أحدهم أو بعضهم عن حقه استعمل الباقون هذا الحق بقدر نصيبهم أيضاً . وإذا تزاحم الشفعاء من الفئة الخامسة ، قدم من تعلق على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وفي حال اختلاف مالكي طوابق البناء المتعددة ، قدم مالك الطابق الأرضي ، (ويختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصري في أن القانون اللبناني ، بخلاف التقنين المصري ، أورد قاعدة للترتيب عند تزاحم الجيران ، وأخر مالك الطابق عن الجار الثاني وقدم مالك الطابق الأرضي على مالك الطابق العلوي عند التزاحم) .

م ٢٤١ (مدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا توافرت في المشتري الشروط الواردة

في المادة ٢٣٩ ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من فئة أدنى . (ويتفق القانون اللبناني في هذا الحكم مع التقنين المصري) .

جواز تفريق الصفقة على المشتري فيما قدمناه (١) . أما إذا تعدد الشفعاء وزاحم بعضهم بعضاً في طلب الشفعة . فهنا يفتح مجال البحث في الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء على الوجه المبين في المادة ٩٣٧ مدني سألغة الذكر .

١٩٤ - الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء : وقد أوردت المادة ٩٣٧ مدني المشار إليها حالات ثلاثاً لتزاحم الشفعاء :

(الحالة الأولى) تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة (م ١/٩٣٧ مدني) .

(الحالة الثانية) تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة (م ٢/٩٣٧ مدني) . وهنا يعرض بحث عدم جواز تفريق الصفقة على المشتري :

(الحالة الثالثة) تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شفيح مثلهم (م ٣/٩٣٧ مدني) . وهنا يجب بحث فروض ثلاثة : (١) تزاحم المشتري مع شفعاء أدنى من طبقته . (٢) تزاحم المشتري مع شفعاء من نفس طبقته . (٣) تزاحم المشتري مع شفعاء أعلى من طبقته .

١٩٥ - الحالة الأولى - تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٧ مدني . كما رأينا (٢) ، على أنه « إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة » . فإذا تزاحم الشفعاء ، وكانوا من طبقات مختلفة يعلو بعضها بعضاً ، استحق الشفعة منهم من كان أعلاهم طبقة دون غيره من الطبقات الأدنى ، وذلك بحسب الترتيب المبين في المادة ٩٣٦ وقد سبق ذكرها (٣) . وبالرجوع إلى نص هذه المادة يتبين أن طبقات الشفعاء مرتبة على الوجه الآتي :

(١) في الطبقة الأولى مالك الرقبة ، عندما يشفع في حق الانتفاع . فإذا كان هناك عقار قد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخصين في الشيوع ، وباع

(١) أنظر آتفاً فقرة ١٦٩

(٢) أنظر آتفاً فقرة ١٩٣ .

(٣) أنظر آتفاً فقرة ١٧٩ .

أحد صاحبي . حق الانتفاع حصته ، كان الشفعاء في هذه الحصة هم مالك الرقة ، ثم صاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا في الشيوع في حق الانتفاع الذي بيع بعضه ، ثم الحار الملاصق للعقار الذي رتب عليه حق الانتفاع إذا كان في حالة من الأحوال الثلاث التي يشفع فيها الحار (١) . فإذا تقدم هؤلاء الشفعاء جميعا للأخذ بالشفعة . فضل مالك الرقة لأنه في الطبقة الأولى من الشفعاء ، واستقل وحده في الأخذ بالشفعة . ويليه الشريك في الشيوع في حق الانتفاع ، ثم الحار .

(٢) في الطبقة الثانية الشريك في الشيوع ، إذا بيعت حصة شائعة غير التي يملكها لأجنبي . والمراد بالشريك في الشيوع هنا ، ليس فحسب الشريك في عقار مملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيوع ، بل أيضا الشريك في الشيوع في رقة العقار أو في انتفاع في عقار أو في حق حكر . فإذا كان هناك عقار مملوك لشخصين على الشيوع ، وباع أحد الشريكين حصته الشائعة لأجنبي ، كان الشفيعان في هذه الحصة هما الشريك الآخر والحار . ولما كان الشريك الآخر في الشيوع وهو في الطبقة الثانية يتقدم على الحار ، كان هو الذي يأخذ بالشفعة دون الحار (٢) . وإذا كان هناك عقار يملكه شخصان على الشيوع ، وقد رتباً عليه حق انتفاع فأصبحا يملكان الرقة في الشيوع ، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقة لأجنبي ، كان الشفعاء في هذه الحصة هم الشريك المشتاع الآخر في الرقة وصاحب حق الانتفاع والحار . ولما كان الشريك المشتاع الآخر في الرقة هو شريك في الشيوع فهو في الطبقة الثانية ، ويتقدم على كل من صاحب حق الانتفاع والحار ، فهو وحده الذي يأخذ بالشفعة دون الاثنين الآخرين .

وقد كان الأمر على العكس من ذلك في المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٦ مدنى ، فقد كان صاحب حق الانتفاع في هذا المشروع يتقدم على

(١) قارن شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ وفقرة ٢٥٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٤ ص ٤٥٤ - إسماعيل غانم ص ٧٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٨ ص ٤٢٤ : حيث يذهبون إلى أن الحار المالك لا يشفع في حق الانتفاع .

(٢) أسيوط الكلية ١٠ يونيو سنة ١٩٥٠ الهامة ٣١ رقم ١٤١ ص ٣٧٧ .

الشريك في الشروع (١). ثم انعكس الترتيب في لجنة المراجعة : فأصبح الشريك في الشروع ، في المشروع النهائي وفيما تلاه من المشروعات إلى أن استقرت تقنيننا كما رأينا ، هو الذي يتقدم على صاحب حق الانتفاع . ولو أخذنا بحكم المشروع التمهيدى في المثل المتقدم ، لتأخر الشريك المشتاع الآخر في الرقبة عن صاحب حق الانتفاع ، ولتقدم هذا الأخير على هذا الشريك المشتاع وعلى الحار ، فأخذ وحده دونهما الحصة الشائعة التي بيعت في الرقبة .

(٣) في الطبقة الثالثة صاحب حق الانتفاع ، عندما يشفع في الرقبة . فإذا كان هناك عقار مملوك لشخص وقد رتب عليه حق انتفاع فأصبح مالكا للرقبة وحدها ، ثم باع الرقبة ، فالشفيعان في الرقبة هما صاحب حق الانتفاع والحار . ولما كان صاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة ويتقدم على الحار ، فانه هو وحده الذي يأخذ بالشفعة دون الحار .

(٤) في الطبقة الرابعة صاحب الرقبة عندما يشفع في حق الحكر ، أو صاحب حق الحكر عندما يشفع في الرقبة . فإذا كان هناك عقار رتب عليه صاحبه حق حكر ، ثم باع صاحب حق الحكر حقه ، فالشفيعان في هذا الحق هما صاحبا الرقبة والحار . ولما كان صاحب الرقبة هنا في الطبقة الرابعة ويتقدم على الحار ، فانه هو وحده دون الحار الذي يأخذ حق الحكر بالشفعة . ولو أن صاحب الرقبة هو الذي باع الرقبة ، فان الشفيعين في هذه الرقبة يكونان هما

(١) وقد جرت مناقشات طويلة في لجنة الأستاذ كامل صدق في شأن تقديم صاحب حق الانتفاع على الشريك في الشروع . ففي جلسة ١٨ يونيه سنة ١٩٣٧ ، تناقش الأعضاء طويلا في هذه المسألة ، وانتهت المناقشة بأن اتخذ قرار بالأغلبية بتقديم الشريك في الشروع على صاحب حق الانتفاع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٥ في الهامش) . ثم أعادت اللجنة ، في جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ ، المناقشة في المسألة ، وانتهت إلى قرار عكس اقرار السابق بجعل صاحب حق الانتفاع في المرتبة الثانية متقدماً على الشريك في الشروع الذي جعلت في المرتبة الثالثة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٦ - ص ٣٨٧ في الهامش) . وعلى هذا الوجه تقدم المشروع التمهيدى إلى لجنة المراجعة ، فمكست هذه اللجنة الترتيب وعادت إلى الترتيب الأول ، إذ جعلت الشريك في الشروع في المرتبة الثانية متقدماً على صاحب حق الانتفاع الذي جعلت في المرتبة الثالثة . واستقر المشروع على ذلك في سائر مراحله التشريعية ، إلى أن أصبح تقنيناً . انظر آنفاً فقرة ١٧٩ في الهامش .

صاحب حق الحكر والجار . ولما كان صاحب حق الحكر في المرتبة الرابعة ويتقدم هو أيضا على الجار ، فإنه هو وحده دون الجار الذي يأخذ الرقبة بالشفعة .

(٥) في الطبقة الخامسة والأخيرة الجار المالك ، وهو أدنى الشفعاء طبقة . فإذا كان هناك عقار مملوك ملكا تاما لشخص واحد وباعه ، ففي هذا الفرض لا يوجد مالك رقبة ولا شريك في الشيوع ولا صاحب حق انتفاع ، وليس العقار محكرا حتى يكون هناك مالك رقبة وصاحب حق حكر . ومن ثم لا يوجد إلا شفيع واحد هو الجار ، فله حينئذ أن يأخذ بالشفعة . وهذا الفرض هو الذي يكثر وقوعه في العمل (١) .

١٩٦ - الحارة الثانية - نزاحم الشفعاء ولهم من طبقة واحدة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » . والمفروض هنا أن الشفعاء الذين هم من طبقة أعلى قد فضلوا على من هم دونهم طبقة من الشفعاء على النحو الذي بيناه فيما تقدم ، وطلب أصحاب الطبقة الأعلى وحدهم الأخذ بالشفعة .

فإذا كانوا من الطبقة الأولى ، وهم ملاك الرقبة يشفعون في حق الانتفاع ، وكانوا ثلاثة مثلا لأحدهم نصف الرقبة في الشيوع وللثاني الثلث وللثالث

(١) هذا وإذا اعتبرنا مالك الطبقة في البناء تمتد الطبقات شفعيا بحكم الجوار ، فإنه يأتي في الطبقة الخامسة كسائر الجيران . ويبدو أنه إذا تزاحم مع جار جاني عادي ، فإنه يقدم عليه كما سئري ، لأن الشفعة تعود على ملكه بمنفعة أكبر مما تعود على ملك الجار العادي . وإذا بيعت إحدى طبقات الدار ، فتزاحم على أخذها بالشفعة صاحب الطبقة الأعلى مباشرة وصاحب الطبقة الأسفل مباشرة ، فإنه يبدو أن صاحب الطبقة الأعلى مباشرة هو الذي يقدم ، لأن له مصلحة أكبر في الأخذ بالشفعة كما سئري .

أما إذا اعتبرنا مالك الطبقة شفعيا بحكم الشركة الشائعة في أرض البناء ، فإنه يملو إلى طبقة الشريك في الشيوع ، أي إلى الطبقة الثانية ، ويتفاضل ملاك الطبقات فيما بينهم إذا تزاحموا كما يتفاضل سائر الشركاء في الشيوع كما سئري .

أنظر آنفاً فقرة ١٨٥ في آخرها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

السدس ، اقتسموا حق الانتفاع الذى تقدموا لأخذه بالشفعة فيما بينهم بنسبة نصيب كل منهم فى ملكية الرقة . وعلى ذلك يأخذ الأول بالشفعة نصف حق الانتفاع ، والثانى الثلث ، والثالث السدس .

وإذا كانوا من الطبقة الثانية ، وهم الشركاء فى الشيوع ، فإذا كان هناك عقار يملكه أربعة مثلاً على الشيوع ، لأحدهم النصف وقد باعه لأجنبى . ولكل من الثلاثة الآخرين السدس ، فإن هؤلاء الثلاثة يقسمون فيما بينهم النصف المبيع من العقار الذى أخذوه بالشفعة ، بالتساوى فيما بينهم لكل منهم السدس . فيصبح العقار ، بعد الأخذ بالشفعة ، مملوكاً لهؤلاء الثلاثة على الشيوع ، بالتساوى فيما بينهم لكل منهم الثلث . وقل مثل هذا فيما إذا كان الشفعاء شركاء فى الشيوع فى الرقة ، ويشفعون فى حصة شائعة فى الرقة باعها أحدهم . وكذلك الحكم فيما إذا كان الشفعاء شركاء فى الشيوع فى حق الانتفاع ، ويشفعون فى حصة شائعة فى حق الانتفاع باعها أحدهم . وإذا اعتبرنا ملاك الطبقات شفعاء بوصفهم شركاء فى الشيوع فى الأرض المقام عليها البناء ، فإنهم يأخذون جميعاً بالشفعة الطبقة المبيعة ، ويصبحون ملاكاً لها على الشيوع بنسبة نصيب كل منهم فى الأرض الشائعة المقام عليها البناء .

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الثالثة ، وهم أصحاب حق الانتفاع يشفعون فى الرقة ، وكان اثنان مثلاً يملكان حق الانتفاع على الشيوع لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ، ويبيع الرقة ، فإن صاحبي حق الانتفاع يأخذانها بالشفعة بنسبة نصيب كل منهما فى حق الانتفاع . فيصبح الأول مالكا للعقار فى الشيوع ملكية تامة بمقدار الثلثين ، ويصبح الآخر مالكا فى الشيوع ملكية تامة بمقدار الثلث .

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الرابعة ، وكان لرقة الأرض المحكرة مالكان فى الشيوع مثلاً يملكانها بالتساوى ، ويبيع حق الحكر ، اقتساماً عند أخذه بالشفعة بالتساوى فيما بينهما . وكذلك لو كان حق الحكر لاثنتين مثلاً يملكانه على الشيوع بالتساوى ، ويبيع الرقة ، اقتساماً عند أخذها بالشفعة بالتساوى فيما بينهما ،

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الخامسة والأخيرة . وهم الجيران ويدخل فيهم ملاك الطبقات على رأى الغالب . فمفاضلة فيما بينهم إذا تزاخروا قاعدة أخرى سيأتى بيانها فيما يلى (١) .

ونحن نفرض فى كل ما تقدم أن الشفعاء من الطبقة الأعلى (٢) قد تقدموا جميعا للأخذ بالشفعة (٣) ، فاقسموا العقار المشفوع فيه ، كل منهم بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . ولكنهم قد لا يتقدمون جميعا للأخذ بالشفعة ، بل يتقدم بعضهم دون بعض ، أو يتقدم واحد منهم فقط ، فعند ذلك تثار مسألة هامة هى مسألة عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة ، فنعرض لها فيما يلى .

١٩٧ - عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة :

إذا تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة، وكانت هذه الطبقة هى الطبقة الأعلى التى لها الأخذ بالشفعة ، فإن كل شفيع منهم يجب أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه ، ولا يقتصر على طلب جزء من هذا العقار بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . ذلك أن هناك احتمالا فى ألا يطلب الشفعة إلا بعض الشفعاء دون بعض أو ألا يطلبها أحد غيره ، فإذا اقتصر على طلب الشفعة فى جزء من العقار المشفوع فيه بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . فإن الصفقة تنجز على المشتري . ومن حقه ألا تنجزاً عليه الصفقة . كذلك هناك احتمال ، حتى لو طلب الشفعة جميع الشفعاء ، أن يسقط طلب أحدهم أو بعضهم لسبب يتعلق بالمواعيد أو غيرها من إجراءات الشفعة ، فتتفرق الصفقة على المشتري . لذلك يجب على كل شفيع أن يطلب الشفعة فى جميع العقار المشفوع فيه كما قدمنا ، فإذا طلبوا الشفعة جميعا ولم يسقط طلب أى منهم ، قسم عليهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به على الوجه الذى سبق بيانه . وإذا طلب الشفعة بعضهم دون بعض ، أو طلب الجميع ولكن سقط طلب بعضهم ،

(١) انظر فقرة ١٩٨ .

(٢) فيما عدا الجيران فهم فى الطبقة الأخيرة ، فإذا لم توجد طبقة من الشفعاء أعلى منهم ، أو وجدت ولكنها لم تقدم للأخذ بالشفعة ، فالجيران فى هذه الحالة يكونون هم الشفعاء .

(٣) أو تقدم لأخذ بالشفعة طبقة أدنى لأن الطبقة الأعلى لم تقدم .

فإن العقار المشفوع فيه كله يقسم على الشفعاء الذين تقدموا أو الذين صح طلبهم ، كل بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به . وإذا انفرد واحد من هؤلاء الشفعاء بطلب الشفعة ، أو لم يصح إلا طلب واحد منهم فقط ، فإن هذا الشفعيع الواحد يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه . وهكذا لا تتفرق الصفقة على المشتري ، في أي فرض من هذه الفروض (١) . فإذا كان هناك ثلاثة من الشفعاء من طبقة واحدة يستحقون الأخذ بالشفعة ، وجب على كل منهم أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه ، فاما أن يأخذ العقار كله إذا انفرد ، أو يأخذ بعضه بالنسبة التي سبق بيانها إذا اشترك معه غيره ، وفي جميع الأحوال يأخذ من صح طلبه من الشفعاء الثلاثة كل العقار المشفوع فيه ، فلا تتفرق الصفقة على المشتري . وإذا كان لا يجوز تفريق الصفقة على المشتري ، فإنه لا يجوز أيضا للمشتري إجبار الشفعيع على أن يقتصر في الأخذ بالشفعة على مقدار نصيبه بدعوى أن عدم تفريق الصفقة إنما تقررت لمصلحة المشتري وحده . ذلك بأن عدم تفريق الصفقة تقرر لمصلحة الشفعيع أيضا ، فهو يأخذ بالشفعة لإخراج المشتري من الصفقة ، فإذا اقتصر على مقدار نصيبه ، ولم يطلب الشفعاء الآخرون الشفعة أو سقط طلبهم ، بقي المشتري داخلا في الصفقة بمقدار نصيب هؤلاء الشفعاء الآخرين ، وهذا ما يحق للشفعيع أن يتفاداه .

والقاعدة التي قررناها من وجوب أن يطلب الشفعيع الشفعة في كل العقار المشفوع فيه لا تنطبق فحسب في حالة وجود طبقة واحدة من الشفعاء تستحق الأخذ بالشفعة ، بل تنطبق أيضا في حالة وجود طبقات متعددة . فأى شفعيع من أية طبقة يجب أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه ، لاحتمال ألا يطلب الشفعة أحد من الطبقات التي هي أعلى منه ، ولا أحد من الشفعاء الذين هم في طبقته . وتنطبق القاعدة أيضا على الطبقة الدنيا من الشفعاء وهم الجيران ، فأى جار يريد الأخذ بالشفعة يجب أن يطلبها في كل العقار المشفوع فيه ، حتى

(١) وقد نصت المادة ١١٣٦ مدن عراق على أنه ١ - يجب أن يطلب الشفعيع كل المشفوع ولو تعدد الشفعاء المستحقون للشفعة . وإذا أسقط شفعيع حقه في الشفعة قبل الحكم أو التراضي ، سقط حقه ويأخذ الشفعاء الآخرون كل المشفوع ، وإن أسقط شفعيع حقه بعد الحكم أو التراضي فلا يسقط . ٢ - وليس لأحد من الشفعاء أن ينزل من حقه لأجنبي أو شفعيع آخر ، فإن فعل سقط حقه .

لو وجد من الجيران من هم أحق بالشفعة منه . لاحتمال ألا يطلب أحد من هؤلاء الأخذ بالشفعة .

وإذا كان شفيعان ، طلب أحدهما الشفعة في بعض العقار المشفوع فيه ، وطلبها الآخر في كل العقار . أخذ الشفيع الثاني دون الشفيع الأول كل العقار بالشفعة (١) . وإذا طلب شفيع الشفعة في بعض العقار المشفوع فيه ، لم يصح طلبه ، ولا يجوز له بعد ذلك أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه إذا كانت المواعيد قد انقضت (٢) .

١٩٨ - التزام فيما بين الجيران عند تعددهم : ببق أن نواجه حالة

التزام فيما بين الجيران عند تعددهم . ذلك أن القاعدة التي تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به لا تنطبق هنا ، إذ أن الجيران يختلفون عن غيرهم من الشفعاء في أنهم لا يشتركون جميعا في عقار مشفوع به واحد . فلكل جار عقاره الذي يشفع به ، لا يشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين . والذي يجب أن يأخذ بالشفعة من الجيران ، إذا تعددوا وتزاحموا على الأخذ بها ، هو جار واحد ، وهو الجار الذي تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وقد كان هذا هو الحكم الذي نص عليه صراحة قانون الشفعة السابق : فقد نصت المادة ٧ (رابعا) من هذا القانون على ما يأتي : « وإذا تعدد الجيران ، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » . وقد ورد هذا النص نفسه في المشروع التمهيدي للمادة ٩٣٧ من التقنين المدني الجديد ، عندما جعل هذا المشروع الجوار سببا من أسباب الأخذ بالشفعة . ولكن عندما حذف الجوار كسبب للأخذ بالشفعة في المشروع النهائي ، حذف النص مع سائر النصوص التي تتعلق بالجوار . ولما أعيد الجوار ضمن أسباب الشفعة في مجلس النواب ، سعى على هذا المجلس أن يعيد النص كما كان ، واقتصر على إيراد الجوار كسبب للأخذ بالشفعة ، دون أن ينص على أنه عند تزاحم الجيران يقدم منهم من تعود

(١) حتى لو كان الشفيع الأول أعلى طبقة من الشفيع الثاني .

(٢) ملوى ٨ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٣ ص ١٣٣ .

على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وبقيت المادة ٩٣٧ مدني خالوا من هذا النص عندما عرضت على مجلس الشيوخ ، وقد سهي على هذا المجلس أيضا أن يعيد النص . فخرج التقنين المدني في المادة ٩٣٧ منه على الوجه الذي خرج به ، خاليا من هذا النص (١) .

ولما كانت المادة ٢/٩٣٧ مدني ، على الوجه الذي استقرت عليه . تجعل استحقاق كل شفع . عند تعدد الشفعاء من طبقة واحدة ، « بفدر نصيبه » . وهذه القاعدة لا يمكن انطباقها في حالة تعدد الجيران وتزاحمهم لأنهم لا يشفعون بعقار واحد كما قدمنا حتى يأخذ كل منهم الشفعة بنسبة نصيبه في هذا العقار ، فقد وجب الرجوع إلى القاعدة القديمة التي نضمنها قانون الشفعة السابق وتضمنها المشروع التمهيدى للمادة ٩٣٧ مدني ، باعتبارها عرفا مستقرا جرى عليه العمل ولم يكن إغفالها إلا لمجرد السهو ، وهي على كل حال الحكم العادل عند سكوت النص . فيقضى بالشفعة ، إذا تعدد الجيران وتزاحوا ، للجار الذي تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران الآخرين (٢) .

(١) انظر في هذا آنفاً فقرة ١٩٣ في الهامش .

(٢) ولنفصيل جار على جار ، يراعى موقع كل منهما ، وتخصيصه ، وضرورة توسيعه (استئناف مخطط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٣١) ، ولا يدخل في الاعتبار ما يجنيه الشفع من فوائد شخصية (استئناف مخطط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩) . وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة في مجال المفاضلة بين الجيران المتزاحمين في طلب الشفعة إنما هي بالمنفعة التي تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم المشفوع به ، دون اعتداد بالمنفعة التي تعود على ملك كسبه أحدهم بعد البيع أساس الشفعة ، ودون اعتبار للفوائد التي قد تعود على الشفع شخصياً من الأخذ بالشفعة (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٥ - ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٠٧) .

وانشر في وجوب الأخذ بالقاعدة القديمة بالرغم من إغفالها سهواً : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٤٣٧ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢٥ - إسماعيل غانم ص ٧٤ - عبد المنعم فرج النعدة فقرة ٢٩١ ص ٤٢٧ - حسن كيرة ص ١٠ - وتارن محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٢ ص ٢٦٩ هامش ١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٦٣ ص ٣٦٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٢ ص ٢٦٦ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٧ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩ (ومن رأيه معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة ، ويكون ذلك بتقسيم العقار المشفوع فيه بينهم بالتساوي) .

وعلى ذلك إذا تراحم جاران في أخذ أرض معدة للبناء بالشفعة ، وكان عقار أحد الجارين ملاصقاً للأرض المشفوع فيها ولها في الوقت ذاته حق ارتفاق عليها كحق مطل أو حق مرور . وكان عقار الجار الآخر ملاصقاً للأرض المشفوع فيها ولا شيء غير ذلك ، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة ، لأن عقاره أكثر اتصالاً بالعقار المشفوع فيه ، فتعود الشفعة على عقاره بمنفعة أكبر .

وإذا تراحم جاران في أخذ أرض زراعية بالشفعة ، وكانت أرض أحد الجارين ملاصقة للأرض المشفوع فيها من ثلاث جهات ، وكانت أرض الجار الآخر ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين اثنتين فقط ، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة ، لأن أرضه أكثر اتصالاً بالأرض المشفوع فيها ، فتعود الشفعة على أرضه بمنفعة أكبر . أما إذا كانت أرض الجار الثاني ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين وعليها في الوقت ذاته حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، فيغلب أن يقدم الجار الثاني على الجار الأول ، لأن الملاصقة من جهتين مع قيام حق ارتفاق تجعل أرض الجار الثاني في الغالب أكثر اتصالاً بالأرض المشفوع فيها من أرض الجار الأول الملاصقة للأرض المشفوع فيها من ثلاث جهات ، فيأخذ الجار الثاني وحده الأرض المشفوع فيها (١) . على أن ذلك يجب أن يكون محلاً لتقدير قاضي الموضوع ،

(١) وقد قضى بأنه إذا تراحم جاران لكل منهما حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوع فيها ، ولكن أحد الجارين مجاور من جهة واحدة في حين أن الجار الآخر من جهتين ، فضل الجار الآخر المجاور من جهتين (استئناف مخطط ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧١) . وإذا كان عقار كل من الجارين متقارباً بحق ارتفاق لمصلحة العقار المشفوع فيه ، فضل من كان حق ارتفاقه أشد عبثاً (استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠٠) . وقضى بتفضيل الجار مالك العقار الأصغر ، لأنه إذا ضم العقار المشفوع فيه حصل على منفعة أكبر (استئناف مخطط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٤ - ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٣) . وانظر أيضاً في تفضيل الجار الذي تعود عليه منفعة أكبر : استئناف مخطط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٩ - ١٠ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٠ (تفضيل الجار الذي يملك وحده العقار المشفوع به على الجار الذي لا يملك العقار المشفوع به إلا على الشيوع) - ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٤ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يستبعد من بين الجيران المتزاحمين في الأخذ بالشفعة الجار الذي تمرر إدخال عقاره الذي يشفع به في طريق عام صدر مرسوم به (استئناف مخطط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٠) .

فاذا قدر أن الملاصقة من ثلاث جهات في حالة بيعها تجعل الاتصال أوثق ، كان له أن يقضى بالشفعة للجار الأول وحده (١) .

وإذا اعتبرنا مالك الطبقة من الدار جارا ملاصقا للطبقة التي تحته وللطبقة التي فوقه كما هو الرأي الراجح ، وزاحه جار عادى ، فانه يفضل على الجار العادى ، لأن طبقته أكثر اتصالا بالطبقة المبيعة من عقار الجار العادى . أما إذا بيعت طبقة من الدار وتزاحم على أخذها بالشفعة مالك الطبقة الأعلى مباشرة ومالك الطبقة الأسفل مباشرة ، فالغالب تفضيل مالك الطبقة الأعلى ، فيأخذ وحده الطبقة المتوسطة بالشفعة . على أن المسألة متروكة لتقدير قاضى الموضوع ، فقد يرى ، من موقع كل من الطبقتين بالنسبة إلى الطبقة المتوسطة ومن الظروف الأخرى المحيطة بالبناء ، تفضيل مالك الطبقة الأسفل ، فيأخذ هذا وحده الطبقة المبيعة بالشفعة .

وهناك خلاف فى رأى ، فيما إذا لم يتيسر تعيين من من الجيران المتزاحمين تعود الشفعة عليه بمنفعة أكبر ، بحيث يبدو أن الكل يتساوون فى المنفعة . فرأى يذهب إلى أن العقار المشفوع فيه يقسم فى هذه الحالة بين الجيران المتزاحمين بالتساوى فيما بينهم ، ما دام أن أحدا منهم لا يرجع الآخرين فى المنفعة التى تعود عليه من الشفعة ، فلا يجوز لأحد أن يستأثر بها ، كما لا يجوز حرمان الجميع منها ، وهذا هو الحكم المقرر فى الفقه الإسلامى (٢) . ويذهب رأى آخر إلى أنه لا يجوز تقسيم العقار المشفوع فيه بين الجيران ، والتقسيم لا يكون إلا بين الشفعاء الآخرين غير الجيران بحسب صريح النص إذ يقسم العقار المشفوع فيه بين هؤلاء الشفعاء الآخرين بنسبة نصيب كل منهم فى العقار

(١) استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « أما إذا تزاحم الجيران فى الأخذ بالشفعة ، فإن الذى يقدم منهم هو من تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره ، ويترك هذا لتقدير القاضى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٢) .

(٢) استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ - المنصورة الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٩ - استئناف غلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٤٣٦ وص ٤٣٧ - ٤٣٨ - ومن الفقهاء من يذهب إلى أن التقسيم ما بين الجيران يكون بنسبة ما يملك كل منهم من عقار مشفوع به (عبد المنعم فرج العدة فقرة ٢٩١ ص ٤٢٨) .

المشروع به ، أما الجيران فلم يرد في شأنهم نص مماثل ، بل ورد النص (في قانون الشفعة السابق) بـ رجوب تفضيل من تعود عليه من الأخذ بالشفعة منفعة أكبر . وقد رجعت محكمة الاستئناف المختلطة إلى هذا الرأي . إذ قضت بأن قسمة العقار المشروع فيه التي كانت مقررة في الشريعة الإسلامية قد ألغاهها قانون الشفعة الذي يقدم في حالة التزاحم الجار الذي تعود على عقاره منفعة أكبر من غيره . ولا يقرر القسمة إلا في حالة التزاحم بين ملاك الرقبة أو الشركاء في الملك أو أصحاب حق الانتفاع (١) . والذي نراه أنه عندما تقرر تفضيل الجار الذي تعود الشفعة على ملكه بمنفعة أكبر ، افترض في ذلك أنه يمكن دائماً ، إذا تزاحم الجيران الشفعاء ، تعيين جار واحد منهم ينتفع بالشفعة أكثر من غيره ، وهذا الجار هو الذي يأخذ وحده بالشفعة ولا يزاحمه فيها الجيران الآخرون . وما دامت المسألة متروكة إلى تقدير قاضي الموضوع ، فإن القاضي سيجد دائماً في ظروف الدعوى ، وموقع العقارات . واتصال العقار المشروع به بالعقار المشروع فيه . والحاجات المتنوعة للعقار المشروع به ، وافتقاره في بعض الأحيان إلى توسيع رقعته أو زيادة مرافقه أو تيسير اتصاله بطريق عام أو ترعة عامة أو مصرف عام ، وما إلى ذلك ، مبرراً لتقديم جار على جار ، وإثارة أحد الجيران المتزاحمين دون غيره في الأخذ بالشفعة .

١٩٩ - الحارة الثالثة - نزاهم الشفعاء مع المشتري وهو شافع مثلهم -

نزاهم مع شفعاء أدنى منه طبقاً : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شافعاً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم . . . من طبقه أدنى . . . » والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه ،

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٩ - وانظر محمد كامل مرسى

في الشفعة ص ١٤٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

ويتقدم لأخذ العتار منه بالشفعة شفيح أدنى منه طبقة (١) .

فهو إما مالك الرقبة في عقار تقسم فيه حق الانتفاع بين شريكين في الشيوع ، وقد اشترى حصة أحد الشريكين في حق الانتفاع . فإذا تقدم للأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع باعتباره شريكاً في الشيوع ، أو تقدم الحار للأخذ بها ، لم يجز لأى منهما الأخذ بالشفعة . ذلك أنه لو كان المشتري شخصاً آخر غير مالك الرقبة ، لكان مالك الرقبة نفسه شفيحاً في الطبقة الأولى من الشفعاء . ولو زاحمه في الأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع باعتباره شريكاً في الشيوع في الطبقة الثانية بين الشفعاء ، أو زاحمه الحار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة بين الشفعاء . لفضل على كل منهما باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ وحده دونهما بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع . فإذا كان هو الذى اشتراها . فإنه من باب أولى يفضل على كل من الشفيعين الآخرين اللذين هما أدنى منه طبقة . وعلى ذلك لا يجوز لأحد من هذين أن يأخذ بالشفعة عقاراً اشتراه شفيح أعلى منه طبقة .

(١) ووضح أن المشتري يكون قد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت أن اشترى ، حتى لو فقد هذه الشروط أوبعضها بعد الشراء ، كأن كان شريكاً في الشيوع في بناء واشترى البناء الملائق ، ثم اقتسم بعد ذلك البناء الذى يملك فيه حصة شائعة وكان نصيبه المفرز لا يلائق البناء الذى اشتراه . وما دام المشتري الشفيح قد اشترى العقار المشفوع فيه ، فليس به حاجة إلى اتباع إجراءات الشفعة ، لأنه إنما يملك العقار بطريق الشراء لا بطريق الشفعة ، ولأنه لا يوجد بيع بشفيع فيه ، ولا يحل محل مشتر غيره . إذ أنه هو المشتري نفسه (استئناف مخطط ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٧٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٢ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١) .

وإذا كان مستاعاً أن يقال إن الحالة التى يكون فيها المشتري شفيحاً ليست حالة تزاحم بين الشفعاء . لأن التزاحم إنما يكون بين أكثر من شفيح ، لا بين شفيح ومشتري ولو كان المشتري تست له صفة الشفيح (أنظر في هذا المعنى مصور مصطوف منصور فقرة ١٤١ ص ٢٣٧ هامش ٢) ، إلا أنه قد لوحظ عند إيراد هذه الحالة بين حالات تزاحم الشفعاء أن المشتري هو أيضاً شفيح يزاحمه شفعاء آخرون ، فيتقدم عليهم إذا كانوا من طبقة أو من طبقة أدنى ، ويتقدمون عليه إذا كانوا أعلى منه طبقة . وقد يغفل الأمر من معنى التزاحم وهوها يمكن من أمر . فإن تقريب هذه الحالة من حالات تزاحم الشفعاء مستناع من الناحية العملية على الأقل .

وقد يكون المشتري هو أحد شريكين لعقار شائع بينهما : وقد اشترى حصة الشريك الآخر . فإذا تقدم الجار لأخذ الحصة المبيعة بالشفعة : لم يكن هذا جائزا . ذلك أنه لو كان المشتري شخصا آخر غير الشريك في الشيوع ، لكان الشريك في الشيوع نفسه شفيعا في الطبقة الثانية بين الشفعاء . ولو زاحمه في الأخذ بالشفعة الجار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة ، لفصل عليه باعتباره أعلى طبقة . ولأخذ وحده دون الجار الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . فإذا كان هو الذي اشتراها . فإنه من باب أولى يفضل على الجار . وعلى هذا لا يجوز لهذا الأخير أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيع هو أعلى منه طبقة .

وقد يكون المشتري هو صاحب حق الانتفاع في عقار : وقد اشترى الرقبة من صاحبها . فإذا تقدم الجار لأخذ الرقبة بالشفعة . لم يكن هذا جائزا . ذلك أنه لو كان المشتري شخصا آخر غير صاحب الانتفاع . لكان صاحب حق الانتفاع نفسه شفيعا في الطبقة الثالثة بين الشفعاء . ولو زاحمه الجار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة . لفصل عليه باعتباره أعلى طبقة . ولأخذ وحده دون الجار الرقبة المبيعة بالشفعة : فإذا كان هو الذي اشتراها . فإنه من باب أولى يفضل على الجار . ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيع هو أعلى منه طبقة .

وقد يكون المشتري هو صاحب الرقبة في أرض محكرة وقد اشترى حق الحكر . أو يكون هو صاحب حق الحكر وقد اشترى الرقبة . ففي الحالتين إذا تقدم الجار لأخذ حق الحكر أو الرقبة بالشفعة : لم يكن هذا جائزا . ذلك لأنه لو كان الذي اشترى حق الحكر أو الرقبة شخصا آخر غير صاحب الرقبة أو صاحب الحكر : لكان صاحب الرقبة أو صاحب الحكر نفسه شفيعا في الطبقة الرابعة بين الشفعاء . ولو زاحمه الجار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة لفصل عليه باعتباره أعلى طبقة . ولأخذ بالشفعة دونه الحكر أو الرقبة . فإذا كان هو الذي اشترى الحكر أو الرقبة . فإنه من باب أولى يفضل على الجار . فلا يجوز للجار أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيع هو أعلى منه طبقة .

٢٠٠ - نزاعهم المشتري مع شفعاء من تقنى طبقته : تنص الفقرة الثالثة

من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (١) . على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجمله شفعياً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته . . . » والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه ، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع من نفس طبقته .

وهذه المسألة ، قبل أن يبت فيها التقنين المدني الجديد بنص صريح كما رأينا ، كانت من بين المسائل التي اشتد فيها الخلاف وانقسم فيها كل من الفقه والقضاء . ونعرض في إيجاز خلاصة لهذا الخلاف بعد أن أصبح في ذمة التاريخ منذ أن حسم بالنص الصريح كما قدمنا . فقد كان التقنين المدني المختلط السابق يحتوي نصاً لا يخلو من الغموض هو نص المادة ٩٥ من هذا التقنين . وبقضى بجواز أن يأخذ الشريك في الشيوع بالشفعة من شريك مثله اشتري من شريك ثالث حصته الشائعة ، وعلى هذا الشريك الشفيع أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه في العين إذا طلبوا ذلك . ولم يكن لهذا النص نظير في التقنين المدني الوطني السابق فتضاربت الأحكام الوطنية والمختلطة . فمن الأحكام المختلطة ما قاس حالة البار على حالة الشريك في الشيوع ، وأجاز للجار أن يأخذ بالشفعة من المشتري حتى لو كان جاراً مثله ، فيقسم العقار المشفوع فيه بين البار المشتري والجار طالب الشفعة (٢) . ومنها ما قضى بالاشفعة للجار من المشتري إذا كان جاراً مثله ، لعدم ورود نص في الجار كما ورد النص في الشريك في الشيوع (٣) . ومن الأحكام الوطنية ما طبق حكم المادة ٩٥ مدني مختلط من غير أن يكون لها نظير في التقنين المدني الوطني ، فقضى بجواز أن يأخذ الشريك في الشيوع بالشفعة من شريك مثله ويتقاسم معه الحصة الشائعة المشفوع فيها (٤) . ومنها ما قضى بالاشفعة من مشتري شفيع . لعدم ورود

(١) أنظر آتياً فقرة ١٩٣ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ يونيو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٩١ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٣٣ .

(٤) استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ القضاء ٩ ص ١٨٩ - الإسكندرية استئنافي

٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء ١ ص ٣٥٧ - ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ القضاء ٥ ص ٩٧ .

نص في التقنين المدني الوطني بمائل نص المادة ٩٥ من التقنين المدني المختلط (١) . ثم صدر قانون الشفعة السابق يلغى النصيص الخاصة بالشفعة في التقنين المدني الوطني والمختلط . ويستبدل بها نصوصا أخرى متطابقة لتقنينات الوطني المختلط . وقد حل محل المادة ٩٥ من التقنين المدني المختلط المادة ٨ من قانون الشفعة في كل من القضاء الوطني والقضاء المختلط ، وتنص على أن « يثبت حق الشفعة ، وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية . ولو كان المشتري حائزا لما يجعله شفعيا باعتبار ما ذكر في المادة الأولى (٢) » . وفي نظرنا أن هذا النص ، وإن كان ، هو أيضا لا يخلو من شيء من الغموض ، أراد واضعه به أن يحل محل المادة ٩٥ من التقنين المدني المختلط . مع تعميم حكمه على جميع الفروض . دون قصره على الفرض الذي يأخذ فيه الشريك في الشيوع بالشفعة من المشتري إذا كان شريكاً مثله . فالتص يضع مبدأ عاما ، هو أن يبقى (Subsiste) حق الشفعة للأشخاص الذين ثبت لهم صفة الشفع . حتى لو كان المشتري هو نفسه شفعيا مثلهم . ولما كان هذا مبدأ عاما يتناول جميع الفروض الثلاثة . فرض ما إذا كان الشفع أعلى طبقة بين الشفعاء من المشتري وفرض ما إذا كان في طبقة وفرض ما إذا كان دونه في الطبقة ، فقد أراد واضع النص أن يغطي هذه الفروض الثلاثة بعبارة واحدة قال فيها « وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية (Préférence) » . فيتفاضل المشتري . وهو شفع ، مع الشفعاء الذين يراحمونه ويريدون الأخذ منه بالشفعة . ولا يمنعهم من ذلك كون المشتري شفعيا مثلهم بعد أن تقرر المبدأ العام القاضي بجواز الأخذ بالشفعة من المشتري الشفع . فإذا ما تفاضل المشتري الشفع مع الشفعاء الآخرين . وجب أن « تراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية » . وعلى ذلك إذا كان الشفع أعلى طبقة من المشتري فضل

(١) امتداد وطني ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ انقضاء ٦ ص ١٣٩ - مصر الزكية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ انقضاء ٦ ص ١٧٩ .

(٢) وأورد الشرح نص الفرنسي للمادة ٨ من قانون الشفعة على الوجه الآتي :

Le droit de préemption subsiste, et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence est applicable, même dans le cas où l'acquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article 1er. pour se rendre lui-même préempteur.

عليه وأخذ العقار المبيع منه بالشفعة . وإذا كان في طبقة ساواه وشاركه في العقار المبيع . وإذا كان دونه طبقة لم يجز له الأخذ بالشفعة إذ يفضل عليه المشتري . وهذه الأحكام تنفذ في جماعتها مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي . وقد أراد المشرع المصري أن يستلهم هذا الفقه فيما قرره من ذلك ^(١) . ومع أنه من اليسير أن تستخلص هذه الأحكام من نص المادة ٨ من قانون الشفعة السابق الذي تقدم ذكره . إلا أن كلا من الفقه والقضاء انقسم في تفسير هذا النص . فبعض فهم منه أنه يقضي بجواز أن يأخذ الشفيع بالشفعة من مشتر في طبقة أو دونه طبقة ولا يأخذ بها من مشتر أعلى منه طبقة . وهذا هو التفسير المعقول للنص ^(٢) . وبعض قصر النص على فرض واحد هو ما إذا راحم المشتري شفيع أعلى منه طبقة مفسرا لفظ الأولوية (Préférence) بهذا

(١) وفي الفقه الإسلامي ، إذا شارك الشفيع المشتري الشفيع الذي هو من طبقة ، رأيان - رأى يذهب إلى تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفيع والمشتري الشفيع بالتساوي . جاء في الفتاوى الهندية (حنن) : « لو أن رجلا اشترى داراً هو شفيعها ، ثم جاء شفيع مثله ، قضى القاضي بنصفها » (الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٨) . وجاء في ابن عابدين (حنن) : لو اشترى إثنان داراً وهما شفيعان ، ثم جاء ثالث بعدما اقتسما بقضاء أو غيره . فله ، أي للشفيع ، أن ينقض القسمة ضرورة صيرورة النصف ثلثاً » (ابن عابدين ٥ ص ٢٤١) . ورأى يذهب إلى تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفيع والمشتري الشفيع بنسبة حصة كل منهم في العقار المشفوع به . جاء في منح الجليل (مالكي) : « إذا كان مشتري النقص أحد الشفعاء ، ترك للشريك المشتري حصته من النقص الذي اشتراه التي يشفع فيها لوبيع لغيره . فإن اشترى ذو السدس النصف ، ترك له ثلثه ، وأخذ ذو الثلث ثلثيه » (منح الجليل ٣ ص ٦٠٢) . هذا وهناك رأى ثالث يذهب إلى عدم جواز أخذ الشفيع بالشفعة إذا كان المشتري شفيعاً مثله . جاء في المفتى (حنبل) : « حكى عن الحسن والشعبي والبيهقي أنه لا شفعة للشريك الآخر ، لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الدخيل ، وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه » (المفتى ٥ ص ٤٦٠) .

وانظر على الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثانية ص ١١٠ وما بعدها .

(٢) فإذا شفع من مشتر في طبقة . فاسم العقار المشفوع فيه بنسبة حصته في العقار المشفوع به (استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ أحمدة ١٣ رقم ٢٧٦ ص ٥٢٨ - بنى سوييف الكلية ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ أحمدة ٩ رقم ٢٤٥ ص ٢٩ - منفوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٠ أحمدة ٥ رقم ٣٨٨ ص ٥٩ - أحمد فتحي رسول ص ٩٠ - ص ٩ - ص زكي مرمر فقرة ٦٨ ص ٤٣ - دي هتس ٣ تحت Pronappon فقرة ٤٠ ص ٩١ - ونظر في صحيح القائلين بهذا الرأي محمد كمال مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٦ - محمد عن عرفة ٢ فقرة ٣٣٨ ص ٥٦٠ - ص ٥٦٣ .

المعنى ، ففي هذا الفرض وحده يأخذ الشفيع بالشفعة من المشتري الشفيع ويفضل عليه ، أما في الفرضين الآخرين : إذا كان الشفيع في طبقة المشتري أو كان دونه في الطبقة : فلا ينطبق النص ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة (١) . ثم أخذ الرأي الأول بتغلب شيئا فشيئا حتى ساد الفقه أولا (٢) ، ثم ساد القضاء بعد ذلك (٣) ، وبه أخذت محكمة النقض (٤) .

(١) استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤٢ ص ٣٣٤ - استئناف أسيوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٧٤ ص ٨١٤ - مخطط النكية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٢٤٠ - الإسكندرية النكية التونسية ١٢ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٨ ص ١٤٠ - استئناف مخطط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤١ - ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٣ - ٢ - ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩ - ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧٠ - والنظر في صحيح مقالين بهذا الرأي محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٧٧ - ص ٢٨٠ .

(٢) حامد فهمي في المشتري الشفيع كثيره من شفعاء استحقاقاً ومزاحمة في مجلة المحاماة ٨ ص ٢٦١ - ص ٢٧٥ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٠٦ ص ٩٩٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٨٠ - ص ٢٨٢ - ومع ذلك أنظر محمد علي عرفة في تعليقه على حكم محكمة النقض الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ٤١٥ ص ٤٣٥ ونجزه الثاني في سبب كسب الملكية فقرة ٣٤١ .

(٣) استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٩ ص ٤٨ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨١ ص ١٤٧ - المحنة الكبرى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٧ ص ١٢٦ - ومع ذلك أنظر أسيوط النكية ٢٠ سبتمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٤٣ ص ٨٥ - والنظر في تطور القضاء في هذه المسألة محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٩ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن النص الفرعي للمادة ٨ من قانون الشفعة ، وهو النص الأصل الذي وضع به القانون ، يفيد تقرير حق الشفعة وتطبيق الأحكام الواردة في المادة ٧ في الحالة التي يكون فيها المشتري حائزاً لما يجعله شفيعاً ، ولا يمكن أن يستد من أن يكون حق الشفعة مقصوراً على حالة انتراحم بين شفعاء من طبقت بحشفة دون حالة التزام بين شفعاء من طبقة واحدة ، فالنص لا يحتمل هذه التفرقة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص ٧٠٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان بين من الحكم أن المحكمة رجحت القول الذي يقول بعدم جواز الشفعة في الحالة التي يكون فيها الشفيع من مرتبة المشتري ، أخذاً بما انتهى إليه الشارع في المادة ٩٣٧ من القانون المدني الجديد ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون مل =

وواجه التقنين المدني الجديد هذا الرأي المتغلب ، ووازن بينه وبين الرأي الآخر ، فرجع عنده الرأي الآخر . ذلك أنه إذا أمكن التسليم بأن يأخذ الشفيع بالشفعة من مشتر يكون الشفيع أعلى منه طبقة . فليس من اليسر أن يسلم بهذا الحق الاستثنائي ، وفيه خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدني هي القاعدة التي تقضى بالألا يتزع من المالك ملكه دون رضاه ، لشفيع لا يعلو على المشتري في طبقته . فإن الشفيع إذا كان في طبقة المشتري ، فلا معنى لإعطائه الحق في الشفعة ومشاركة المشتري في العقار المشفوع فيه ، فإن المشتري يعادله في الطبقة ويزيد عليه بأنه هو الذي وقع عليه دون الشفيع اختيار للبائع فآثره بالصفقة . ولا مبرر هنا للتجاوز عن إرادة البائع وإهدار هذه الإرادة . فالشفيع لا يعلو على المشتري في الطبقة . ثم إن المشتري ليس بأجنبي طراً على الشركة أو الحوار ويراد التخلص منه بالشفعة ، إذ هو شريك قديم أو جار قديم لا يقل شأنه في ذلك عن شأن الشفيع . وعلى ذلك أخذ التقنين المدني الجديد بعكس الرأي الذي كان سائداً في الفقه والقضاء ، ونص كما رأينا على أنه « إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شافعاً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته . . . » . وقد حسم هذا النص كل خلاف في هذه المسألة . ووضع الأمور في نصابها الصحيح .

فإذا كان هناك عقار يملكه اثنان في الشيوع ورتبا عليه حق انتفاع فأصبحا مالكين للرقبة فقط ، واشترى أحدهما حق الانتفاع . لم يجرز للشريك الآخر في الرقبة أن يأخذ بالشفعة من الشريك الأول المشتري ويشاركه في حق الانتفاع لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الأولى . وإذا كان هناك عقار يملكه ثلاثة على الشيوع . وباع أحد هؤلاء الشركاء حصته الشائعة لشريك

= ما جرى به قضاء محكمة النقض . وذلك لأن هذا النص الذي طبقته المحكمة لا يسرى على الماضي ولا يعمل به إلا بالنسبة إلى المنازعات التي تقع ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . وحين أن دعوى الشفعة رفعت في سنة ١٩٤٧ (نقض ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص ١٨٩) - وانظر بقصر من ١٤ مايو سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٨ رقم ٦٨ - ٣ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٧١٨ رقم ٧٠ .

ثان : لم يجوز للشريك الثالث أن يأخذ بالشفعة من الشريك الثاني ويشاركه في الحصة الشائعة المبيعة ، لأن المشتري شفع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الثانية . وإذا رتب صاحب العقار حق انتفاع على عقاره لشخصين على الشيوع فأصبح مالكا للرقبة فقط . ثم باع الرقبة لأحد صاحبي حق الانتفاع ، لم يجوز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يأخذ بالشفعة من المشتري ويشاركه في الرقبة ، لأن المشتري شفع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الثالثة . وإذا كان شخصان يملكان أرضا وحكراها فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة . وباع صاحب حق الحكر حقه لأحدهما . فإن الثاني لا يجوز له الأخذ بالشفعة من المشتري ويشاركه في حق الحكر . لأن المشتري شفع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الرابعة . والعكس صحيح . فإذا كان شخص يملك عقارا وحكرا لشخصين على الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة ، ثم باع الرقبة لأحد صاحبي الحكر ، فإن صاحب الحكر الثاني لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة من المشتري ويشاركه في الرقبة ، لأن المشتري شفع مثله وفي طبقته ، وهي أيضا الطبقة الرابعة . وإذا باع شخص عقاره لأحد جيرانه ممن يحق لهم أخذ العقار بالشفعة . لم يجوز لجار آخر أن يأخذ بالشفعة من الجار المشتري ، إذ أن المشتري شفع مثله وفي طبقته . وهي الطبقة الخامسة .

٢٠١ - نزاهم المشتري مع شفعاء أعلى منه طبقة : تنص الفقرة الثالثة

من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (١) . على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل . . . ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » . والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه ، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفع أعلى منه طبقة . ففي هذا الفرض وحده يفضل الشفع على المشتري لأنه أعلى منه طبقة ، ويجوز له أخذ العقار المبيع بالشفعة من المشتري . وليس للمشتري أن يعترض ، فإن سبب الشفعة في الشفع أقوى من سببها في المشتري ، وليس للبائع أن يؤثر المشتري على

الشفيع على خلاف ما يقضى به القانون من إثبات الشفيع على المشتري (١) .
وعلى ذلك إذا كان مالك العقار قد رتب عليه حق انتفاع لشريكين في
الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة ، وباع أحد الشريكين في حق الانتفاع
حصته الشائعة في هذا الحق للشريك الآخر . فإن مالك الرقبة له أن يأخذ هذه
الحصة الشائعة من المشتري بالشفعة . ولا يستطيع المشتري الشريك في حق
الانتفاع أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شفيع لأنه شريك في الشيوع ،
ذلك لأن مالك الرقبة الشفيع أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة الأولى في حين
أن الشريك في الشيوع في الطبقة الثانية .

وعلى ذلك أيضا إذا كان شخصان يملكان عقارا في الشيوع ورتبا عليه حق
انتفاع فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة . وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة
لصاحب حق الانتفاع ، فإن الشريك الآخر في الرقبة له أن يأخذ هذه الحصة
الشائعة بالشفعة من صاحب حق الانتفاع . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع
دعوى الشريك بأنه هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق الانتفاع ، ذلك لأن
الشريك الآخر في الرقبة شريك في الشيوع فهو أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة
الثانية في حين أن صاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة .

وعلى ذلك أيضا إذا كان شخصان يملكان عقارا على الشيوع وحكراه
فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة ، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لصاحب
حق الحكر ، جاز للشريك الآخر في الرقبة أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة
من صاحب حق الحكر . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع دعوى الشفعة بأنه
هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق الحكر ، ذلك لأن الشريك الآخر في الرقبة
شريك في الشيوع فهو أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة الثانية في حين أن
صاحب حق الحكر في الطبقة الرابعة .

(١) وعندما ناقشت لجنة الأستاذ كامل صدقي هذه المسألة ، قال أحد الأعضاء « إنه يرى
تفضيل المشتري حتى على الشفعاء الذين هم من طبقة أعلى ، واقترح تعديل النص بهذا المعنى .
واستند في ذلك إلى مبدأ حرية التعاقد وإلى أن المشتري في هذه الحالة يجمع بين صفتي المشتري
والشفيع . وأخذ الرئيس الآراء عن التعديل . فرفضت اللجنة الاقتراح بأغلبية الآراء »
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٩ في المباحث) . وقررت اللجنة تقديم الشفيع عز
المشتري ، إذا كان الشفيع أعلى طبقة من المشتري .

وعلى ذلك أخيراً إذا كان شخصان يملكان عقاراً في الشيوع ، وباع أحدهما حصته الشائعة بخار ، جاز للشريك الآخر في الشيوع أن يأخذ الحصة الشائعة من البخار بالشفعة . ولا يستطيع البخار أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضاً شافع لأنه جار ، ذلك أن الشريك الآخر في الشيوع أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة الثانية والبخار في الطبقة الخامسة .

أما إذا باع مالك العقار عقاره بخار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فإن أى جار آخر ، ولو كانت الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر ، لا يستطيع الأخذ بالشفعة من البخار المشتري . ذلك أن كل الجيران في رأينا من طبقة واحدة . ولا يعلو أحدهم على الآخرين لمجرد أن الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر . والمادة ٩٣٦ مدني ، عند ما رتبته طبقات الشفعاء . لم تجعل للجار إلا طبقة واحدة هي الطبقة الأخيرة ، فلا يعدو جار على جار . ومن ثم إذا اشترى جار العقار المشفوع فيه ، لم يستطع أى جار آخر ولو كانت منفعته أكبر أن يأخذ منه العقار بالشفعة لأنه من طبقته^(١) ، والشفيع لا يأخذ بالشفعة من مشتري يكون شافعاً من طبقته كما سبق القول^(٢) . وإنما يتفاضل الجيران بالمنفعة الأكبر إذا كانوا كلهم شفعاء دون أن يكون فيهم مشتري ، فإذا كان أحد الجيران هو المشتري تميز على سائر الجيران لأنهم جميعاً من طبقته كما قدمنا فلا يجوز لهم أن يأخذوا منه العقار المبيع بالشفعة^(٣) . وإذا اعتبرنا مالك الطبقة شافعاً بسبب الحوار كما

(١) أنظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٥٢ ص ٢٦٦ - عبد الفتاح عبد الباق فقرة ٢٦٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٢ ص ٤٣٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤١ ص ٣٢٦ - وانظر استئناف مخطط ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥٩ ص ٢٧٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٠ .

(٣) ومع ذلك جرى القضاء في عهد قانون الشفعة السابق ، بأن الشفيع البخار يقدم على المشتري البخار ، فيكون له حق الأخذ بالشفعة ، إذا كانت الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا تعدد طالبو الشفعة من الجيران ، وكان المشتري أحد الشفعاء ، وجب أن يرجع سهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره (استئناف مصر ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠) . وانظر استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٥ ص ٤٨٨ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٦ ص ٥٣٨ - استئناف مخطط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٧٠ - وقضت -

هو الرأى الراجع ، فإنه يدخل أيضا في الطبقة الخامسة مع سائر الجيران. وعلى ذلك إذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأعلى لم يستطع صاحب الطبقة الأسفل أن يأخذ بالشفعة من مشتر هو من طبقته ، وكذلك إذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأسفل لم يستطع صاحب الطبقة الأعلى أن يأخذ بالشفعة لنفس السبب . ولنفس السبب أيضا إذا باع صاحب الطبقة طبقته لأحد صاحبي الطبقتين الأعلى والأسفل ، لم يستطع الجار العادى أن يأخذ بالشفعة المبيعة . ولنفس السبب أخيرا إذا باع صاحب الطبقة طبقته لجار عادى ، لم يستطع أى من صاحبي الطبقتين الأعلى والأسفل أن يأخذ بالشفعة المبيعة ، وذلك بالرغم من أن صاحب الطبقة الشفيع أوثق اتصالا بالطبقة المبيعة وتعود عليه الشفعة بمنفعة أكبر ، فهو مع ذلك كله لا يزال في طبقة الجار العادى كما سبق القول . ولو قلنا بأن صاحب الطبقة يشفع باعتباره شريكا في الشيوع لتغير الحكم ، ولأخذ بالشفعة من مشتر هو جار عادى لأنه يصبح أعلى منه طبقة ، إذ يصبح في الطبقة الثانية باعتباره شريكا في الشيوع في حين أن الجار العادى هو في الطبقة الخامسة . ولكن صاحب الطبقة ، حتى باعتباره شريكا في الشيوع ، لا يأخذ بالشفعة المبيعة من مشتر هو صاحب طبقة أخرى ، لأن كلا من الشفيع والمشتري شريك في الشيوع أى في طبقة واحدة ، ولا يأخذ شفيع بالشفعة عقارا اشتراه شفيع من طبقته كما سبق القول (١) .

== محكمة النقض أيضاً في هذا المعنى بأن المادة الثامنة من قانون الشفعة تقضى بأن حق الشفعة يبقى ولو كان المشتري حائزاً لما يجعله شفيعاً ، وفي هذه الحالة تتبع قواعد التفضيل المقررة في المادة السابقة لتزاحم الشفعاء . وتنص المادة السابعة على أنه إذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وإعمالاً لهذين النصين كان على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التي تعود على ملك الشفيع وتلك التي تعود على ملك المشتري ، وأن تفصل في طلب الشفعة وفقاً لنتيجة الموازنة ، فتقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر ، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التي تعود على ملك المشتري أكبر أو إذا تساوت المنفعتان . أما إذ هي لم تفعل ، ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة في سببها ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢) .

وانظر في ما المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣ - محمد حل عرق ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٥٥٦ .
(١) انظر آنفاً فقرة ٢٠٠ .

المبحث الثاني

كيفية الأخذ بالشفعة

٢٠٢ - إعلانه الرغبة في الأخذ بالشفعة وإيداع الثمن مع رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بقبول الحق فيها : ومتى توافرت شروط الأخذ بالشفعة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، فإن الشفيع يلزم اتباع إجراءات رسمها القانون للأخذ بالشفعة . ويمكن تقسيم هذه الإجراءات إلى مرحلتين : (المرحلة الأولى) إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . (المرحلة الثانية) إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها .

المطلب الأول

إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

٢٠٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٠ مدني على ما يأتي :

« على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك ^(١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٨ من المشروع التمهدي على الوجه الآتي : « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها لكل من البائع والمشتري في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبائع أو من تاريخ الإقرار الرسمي الذي أعلنه به البائع أو المشتري . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » . وفي لجنة المراجعة أضيف النص على سقوط الحق في الشفعة عند عدم إعلان الرغبة في الميعاد المقرر ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١١٠٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت عبارة « من تاريخ علمه بالبائع أو » ، ففسرى مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي وحده دون العلم بالبائع ، « إذ دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبائع كواقعة مادية يثير كثيراً من الإشكالات والقضايا ، فحسباً لذلك رأيت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمي وحده » ، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٠ . ويبدو أن التعديل الذي أدخله مجلس النواب بحذف سريان الميعاد من تاريخ العلم بالبائع قد أغفل إثباته ، فوصل النص بدون هذا التعديل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فأدخلت هذه اللجنة التعديل ذاته مرة أخرى على النص ، إذ رأيت « حسباً للخلاف ومنعاً للإشكالات أن تقتصر على أن الميعاد يبدأ من تاريخ الإنذار الرسمي لأنه تاريخ ثابت لا يحتمل التأويل » ، ولذلك تقرر حذف عبارة من تاريخ علمه بالبائع أو » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٤٠ ، وقد أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٠ - ص ٤١٧) .

وبقابل النص في قانون الشفعة السابق م ١/١٤ وم ٢/١٩ (١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣٨ (العبارة الأولى) - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٧ (٢) والحق في الشفعة يثبت إما بالتراضي أو بالتقاضي .

وهو يثبت بالتراضي متى سلم المشتري للشفيع بالشفعة عن رضاء منه ، فيحل الشفيع محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع البائع ،

(١) قانون الشفعة السابق م ١/١٤ : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشتري بطلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً .

م ٢/١٩ : يسقط حق الشفعة في الأحوال الآتية : إذا لم يظهر الشفيع ورغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بإبداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشتري . ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة .

(وتتنفق أحكام قانون الشفعة السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أمرين : (١) كان من الواجب في قانون الشفعة السابق أن يتضمن إعلان الرغبة عرض الثمن وملحقاته ، أما في التقنين المدني الجديد فقد استغنى عن ذلك بالزام الشفيع أن يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . (٢) كان ميعاد الخمسة عشر يوماً في قانون الشفعة السابق يسرى إما من وقت علم الشفيع بالبيع أو من وقت إنذاره بوقوعه ، أما في التقنين المدني الجديد فلا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ الإنذار لأنه تاريخ ثابت رسمياً فلا يقع الاختلاف فيه ، وقد حذف سريان الميعاد من وقت علم الشفيع بالبيع لأن العلم بالبيع واقعة غير منضبطة التاريخ وتثير كثيراً من الإشكالات إذا أريد إثباتها) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٤ (مطابق)

التقنين المدني العراقي : م ١١٣٨ العبارة الأولى (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني : م ٢/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : وعلى

الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التي تلي التبليغ بعد إضافة مهلة المسافة ، تحت طائلة السقوط . (والقانون اللبناني موافق للتقنين المصري : فيما عدا أن ميعاد إعلان الرغبة عشرة أيام في القانون اللبناني بدلا من خمسة عشر يوماً في التقنين المصري)

ويكون على الشفيع التزامات المشتري وله حقوقه على الرضخ الذي سنيينه عند الكلام في آثار الأخذ بالشفعة . ويصح التسليم بالشفعة في أى وقت إلى يوم رفع دعوى الشفعة . ومتى حصل التسليم بالشفعة . وجب تسجيل هذا التسليم حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . وهذا يقتضى أن يكون التسليم مكتوبا ، وأن تتخذ الإجراءات المقررة في القانون للتسجيل .

ولكن الشفعة أكثر ما تؤخذ بالتناضى . وقبل أن يسلم المشتري للشفيع بالشفعة . ولو كان التسليم في نيته لتردد كثيرا قبل أن يقدم على الشراء . وذلك ما لم يكن مجهول وجود الشفيع أو كان يعلم بوجوده ولكنه يعتقد أنه لا يأخذ بالشفعة . وللتناضى في الشفعة إجراءات رسمها القانون . ومواعيد محددة تجب مراعاتها .

فهناك إجراءات تسبق إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة . وهى التى تتولى هنا بيانها . وأول هذه الإجراءات هو الإجراء الذى يرمى إلى إخبار الشفيع بوقوع البيع ، ويكون ذلك بانذار رسمى يوجه إليه من المشتري أو من البائع . وبلى علم الشفيع بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمى أن يبدى الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة بإعلان رسمى لكل من المشتري والبائع . وذلك فى ميعاد معين : ثم يسجل الشفيع إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة .

فتتكم فى المسائل الآتية : (١) الإنذار الرسمى بوقوع البيع . (٢) إيداع الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة . (٣) ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . (٤) تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة .

٢٠٤ - الإنذار الرسمى بوقوع البيع - نص قانونى : تنص المادة

٩٤١ مدنى على ما يأتى :

« يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا » :

١ (ا) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا .

« (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يعلن الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على يد محضر ، وإلا كان باطلا . ويجب أن يشتمل على ما يأتي : (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده ومساحته . (ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته ومحل سكنه » . وفي لجنة المراجعة عدل النص « بحذف العبارات المتضمنة تفصيلات لاحاجة لها ، فأصبح كما يأتي : « يشمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة البيانات الآتية ، وإلا كان باطلا : (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً . (ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه » ، وصار رقمه ١٠١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيف إلى مشتملات الإنذار الرسمي فضلاً عن بيان الثمن « المصروفات الرسمية » « كمصاريف التسجيل وما يماثلها ، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحاماة والسيرة فيجوز أن تكون محل مطالبة على حدة » ، وأصبح النص تحت رقم ٩٤١ مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٧ - ص ٤١٩) . ويقابل النص في قانون الشفعة السابق م ٢١ : يجب أن يعلن التكيلف الرسمي المنصوص عنه في الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر ، وأن يشتمل على البيانات الآتية ، وإلا عد لاغياً . وهذه البيانات هي : أولاً - بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه . ثانياً - بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشتري . (وأحكام قانون الشفعة السابق في هذا الخصوص تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .
التقنين المدني الليبي : م ٩٤٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١١٣٨ : على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو خلال مدة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بالبائع إنذاراً رسمياً من البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . ويجب أن يتضمن هذا الإنذار بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ومحل إقامته ، وإلا كان الإنذار باطلا .

(والتقنين العراقي يوافق التقنين المصري)

قانون الشفعية المقارنة اللبناني : م ١١٢٤٧ (مدلة بفانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : للمشتري بعد تسجيل العقد أن يعين الشفعة بالتسجيل بواسطة الكاتب العدل للمقيمين في لبنان ، ووفائاً

وتفتتح إجراءات الشفعة عادة بهذا الإنذار الرسمي ، والغرض منه إخطار الشفيع بوقوع البيع الذي يجوز الأخذ فيه بالشفعة وبأشئ وشروط البيع . حتى يتدبر الشفيع أمره فإذا رأى الأخذ بالشفعة أعلن رغبته في ذلك . والإنذار يوجهه المشتري أو البائع (انظر م ٩٤٠ مدني) ، فإذا وجهه أحدهما أغنى ذلك عن أن يوجهه الآخر . ويوجه الإنذار إلى الشفيع (١) إذا كان واحداً ، فإذا تعدد الشفعاء ولو تفاوتت طبقاتهم وجب أن يوجه الإنذار إلى كل منهم ، حتى من كانت طبقته متأخرة ، لاحتمال أن يترك الشفعاء المتقدمون شفعتهم فيأخذ المتأخر بالشفعة .

ويجب أن يكون الإنذار رسمياً على يد محضر ، فالإخطار الشفوي ، بل الإخطار المكتوب (ككتاب في البريد ولو كان مسجلاً بعلم وصول) إذا لم يكن إنذاراً رسمياً على يد محضر ، لا يكفي لجعل ميعاد الخمسة العشر يوماً لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يسرى (٢) .

ويجب أن يشتمل الإنذار على البيانات الآتية ، وإلا كان باطلاً فلا يسرى ميعاد الخمسة العشر يوماً : أولاً - بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً ، ويكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته وبذكر أى بيان آخر من شأنه أن يكون نافياً للجهالة بالعقار (٣) . ثانياً - بيان الثمن الذي بيع به العقار ، وبيان

= للمادة ٣٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية للمقيمين في بلاد أجنبية ، على أن يبين في التبليغ العقار المبيع وأوصافه وتاريخ التسجيل واسم المالكين وحل إقامتهما والتمن وملحقاته وشروط العقد . (والقانون اللبناني يوجب على المشتري تسجيل البيع ثم إرسال تبليغ رسمي للشفيع يشتمل على بيانات مماثلة للبيانات المشار إليها في التقنين المدني المصري) .

(١) ويجوز أن يوجه الإنذار إلى وكيل الشفيع ، إذا كان مفوضاً في تمثيل موكله أمام المحاكم وفي أن يتسلم عنه الأوراق والأحكام (استئناف مخطوط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٤ ص ٤٠٧) .

وسواء كان الإنذار موجهاً إلى الشفيع أو إلى وكيله ، فإنه يجب أن يكون إعلان هذا الإنذار في موطن المعلن إليه أى في المكان الذي يقيم فيه عادة (م ١/٤٠ مدني) ، لافي المكان الذي يباشر فيه تجارة أو حرفة فإن هذا المكان لا يكون موطناً إلا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (م ٤١ مدني) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (أنظر مايل فقرة ٢٠٥) .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٤ ص ٤٠٧ .

(٣) فإذا كان الشفيع شريكاً مشتركاً في العقار ، ووصف الإنذار العقار المبيع بأنه حصة شائعة في هذا العقار مقدارها كذا فداناً بناحية كذا تتبعها أكينة ، سراي ومبان ، فهذا =

المصروفات الرسمية بالإضافة إلى الثمن . ويراد بالمصروفات الرسمية الرسوم المقررة ، كرسوم توثيق البيع إذا كتب في ورقة رسمية ورسوم التسجيل إذا سجل . أما للمصروفات الأخرى ، كالسمسرة وأتعاب المحاماة ، فليس من الواجب ذكرها ، فإذا لم تذكر كانت محل مطالبة على حدة بشرط أن يقيم المشتري الدليل عليها وفقاً للقواعد المقررة في الإثبات . (١) ويذكر كذلك في الإنذار اسم كل من المشتري والبائع ولقبه وصناعته وموطنه وذلك حتى يتعين تعييننا كافياً وحتى يمكن أن يعلن برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا ما رغب في ذلك . (٢).

= البيان كاف مانع للجهالة . وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقار على هذا النحو كاف ، ومن شأنه تعريف الشفيع بالعقار المبيع تعريفاً كافياً للجهالة ، بحيث يستطيع أن يتدبر في أمر الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك ، وبأن تقرير ما إذا كان بيان العقار المبيع كافياً أو غير كاف متروك لقاضي الموضوع ، فتي أقام قضاءه على أسباب سائغة فلا معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٠ ص ١٧٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٢٣ ص ٤٢٩ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ .

(١) أنظر التعديل الذي أدخلته لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن ص ٦٢٤ هامش ١ - وكان هذا التعديل الذي يقضي ببيان المصروفات الرسمية في الإنذار مفهوماً لو كان الشفيع يلتزم ، قبل رفع دعوى الشفعة ، بإيداع الثمن والمصروفات الرسمية . ولكننا سنرى (أنظر مايل فقرة ٢١٤) أن الشفيع يلتزم بإيداع الثمن وحده دون المصروفات ، وسواء كانت المصروفات رسمية أو غير رسمية فتكون جسيمها «محل مطالبة على حدة» . فليست هناك إذن فائدة واضحة من ذكر المصروفات الرسمية بين البيانات التي يتضمنها الإنذار الرسمي ، وكان يكفي ذكر الثمن فهو وحده الذي يلتزم الشفيع بإيداعه خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بشروط البيع التي استلزم القانون بيانها في الإنذار هي شروطه الأساسية التي لا بد من علم الشفيع بها ، حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أولاً يقدم . وإذا كان شرط منح المشتري أجلاً في الوفاء ببعض الثمن لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق في الشفعة لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها ، ذلك أنه ملزم في جميع الأحوال طبقاً للمادة ٩٤٢ مدني بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل البيع به وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى بها ، وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة ، كما أنه طبقاً للمادة ٩٤٥ مدني لا يستفيد الشفيع من الأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع ، وحتى في حالة حصول هذا الرضاء فإنه لا يترتب عليه إعفاء الشفيع من واجب إيداع كامل الثمن بما فيه المبالغ في الميزان القانوني . ومن ثم فليس ثمة نفع يعود على الشفيع من عنه بشرط تأجيل الثمن قبل إعلان رغبته فيها . وبالتالي فإن عدم اشتغال الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع على هذا الشرط لا يترتب عليه إعلان هذا الإنذار . ولا يعتبر كذلك من شروط

وحتى يسرى ميعاد الخمسة عشر يوما لإعلان الشفع رغبتة في الأخذ بالشفعة . يجب توجيه هذا الإنذار الرسمي إلى الشفع على الوجه السابق بيانه ، ولا يغنى عنه أية ورقة رسمية أخرى ولو كانت معدة على يد محضر. فلو أن المشتري لحصة شائعة في عقار رفع على البائع دعوى بصحة التعاقد ، وأدخل في الدعوى سائر الشركاء في الشيوع ليكون الحكم في مواجهتهم فأعلمهم بعريضة الدعوى بصحة التعاقد . لم يغن إعلان هذه العريضة عن الإنذار الرسمي ، بالرغم من أن عريضة دعوى صحة التعاقد تتضمن عادة البيانات التي يتضمنها الإنذار الرسمي (١) ومن ثم يبقى للشركاء في الشيوع حق الأخذ بالشفعة ، حتى لو انقضى خمسة عشر يوما من وقت إعلان عريضة دعوى صحة التعاقد ، ما دام المشتري أو البائع لم يوجه لهم الإنذار الرسمي على الوجه الذي تقدم ذكره . وإذا كان الشفع يستطيع إعلان رغبتة في الأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوما من يوم إنذاره من المشتري أو من البائع بوقوع البيع . فإن ذلك لا يمنع من أنه يستطيع إعلان هذه الرغبة قبل أن يصله أى إنذار رسمي . ففي علم بالبيع ، جاز له أن يعلن رغبتة في الأخذ بالشفعة على الوجه الذي سنبينه (٢) ، دون حاجة إلى انتظار الإنذار . بل جاز له قبل الإنذار أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة ، ويعتبر إعلان عريضة دعوى الشفعة إعلانا للرغبة في الأخذ بالشفعة كما سيجيء (٣) .

٢٠٥ - إعلان الشفع رغبتة في الإخذ بالشفعة - نص قانونى :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ مدنى على ما يأتى :

« إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسديا ، وإلا كان

= البيع الذى توجب المادة ٩٤١ مدنى إشغال الإنذار عيبا . ورد في عقد البيع الصادر لمشتري من أن البائع له تنق مكية ما باعه بطريق الشراء من آخر بمقد ابتدأ ، كما لم يوجب القانون تنق هذا الإنذار شروط عقد تمليك البائع (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام المنقبض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠٦١) .

(١) استئناف القاهرة ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥٠ الخامة ٣٢ رقم ١٥٤ ص ٦٦٩ - شين الكوم ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥١ الخامة ٣٢ رقم ١٩٥ ص ٨٣٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٤ ص ٤٧٨ و ص ٤٨٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٣ ص ٤٧٠ .

(٢) عبد المنعم ابدراوى فقرة ٤٥١ .

(٣) أنصر مایل فقرة ٢٠٥ .

باطلا . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل « (١) .
فتى أنذر الشفيع بوقوع البيع على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فانه
يجب عليه ، إذا أراد الأخذ بالشفعة ، أن يبدى رغبته فى ذلك ، وأن
يعلم هذه الرغبة إلى كل من المشتري والبائع : وقد رأينا المادة ٩٤٠ مدنى (٢)
تقول : « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٠ / ١ و ٢ و ٤ من المشروع التمهيدى
على الوجه الآتى : « ١ - إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يجب أن يكون على يد محضر ، وإلا
كان باطلا . . ٢ - ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل فى قلم الرهون بالمحكمة
المختلطة الكائن فى دائرتها العقار . ٤ - وإذا كانت الشفعة بين مصريين ، يكتفى بحصول
ذلك التسجيل فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة .
وعلى هذه المحكمة أن تبث بصورة منه إلى قلم الرهون بالمحكمة المختلطة الكائن فى دائرتها العقار ،
لتسجيله من تلقاء نفسها . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير من ذوى الجنسية الأجنبية الذين
يخضعون لاختصاص المحاكم المختلطة إلا من تاريخ هذا التسجيل الأخير » . وفى لجنة المراجعة
أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وحذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة كما حذفت الفقرة
الرابعة ، وذلك مراعاة للتنسيق الخاص بأحكام التسجيل من حيث بيان جهة حصوله ، ووافقت
اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٣١/١٠١٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب
تحت رقم ٣١/١٠١٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ضمت الفقرة الثالثة إلى الفقرة الأولى وجعلنا
فقرة واحدة لاتصال حكمهما ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١/٩٤٢ . ووافق
مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٠ - ص ٤٢٥) .
ويقابل النص المادة ١٤ من قانون الشفعة السابق (المعدلة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦
بتنظيم الشهر العقارى) : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها
كتابة على يد محضر ، ولأجل أن يكون هذا الإعلان حجة على الغير يجب تسجيله فى مكتب
الشهر الكائن بدائرتة العقار .

(وقانون الشفعة السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأولى : التقنين المدنى السورى : لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى : م ١/٩٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى المراكشى : م ١١٣٨ (أنظر آتفاً ص ٦٢٤ هامش ١) .

قانون الملكية المقاربية الليبانى : م ٢/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : وعلى

الشفيع أن يطالب بحق الشفعة . . . (وانظروا أن المقصود بالمطالبة بحق الشفعة هو رفع دعوى
الشفعة كما سيجى* : أنظر مايل ص ٦٧٠ هامش ٢ . وعلى ذلك لا يشترط فى القانون الليبانى
أن يسبق رفع دعوى الشفعة ابداء الرغبة فى الأخذ بها .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ٢٠٣ .

والمشتري فإعلان الرغبة يوجه من الشفيع إذا كان واحداً . أو من كل شفيع يريد الأخذ بالشفعة إذا تعدد الشفعاء . ويجب أن يوجه إلى كل من المشتري والبايع . فإذا وجه إلى أحدهما دون الآخر . أو وجه إلى أحدهما في الميعاد المقرر وإلى الآخر بعد الميعاد المقرر . كان باطلاً . ومن ثم تسقط شفعة الشفيع (١) . ذلك أن كلا من المشتري والبايع خصم في دعوى الشفعة إذا أخذت بالتقاضى . وطرف فيها إذا تمت بالتراضى . فالشفيع . إذا ثبت له الحق في الشفعة . يخل محل المشتري في مواجهة البايع ، فيكون له حقوق المشتري قبل البايع وعليه التزاماته نحوه . ومن ثم كان هو طرفاً في الشفعة والطرف الآخر هو كل من المشتري والبايع (١) .

ويكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لكل من المشتري والبايع إعلاناً رسمياً على يد محضر . وإلا طلاً . كما تنص على ذلك صراحة المادتان ٩٤٠ و ١/٩٤٢ مدني سالفهما الذكر (٢) . فيوجه الشفيع الإعلان الرسمي إلى

(١) نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٣ ص ٥٤٦ - ٧ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٥ ص ٥١٦ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٠ ص ٢٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٨ ص ٤٨٣ - ويصح للشفيع أن يوجه إعلاناً واحداً لكل من البايع والمشتري ، كما يصح أن يوجه إليهما إعلانين مستقلين (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٩) . وإذا كان طلب الشفعة ناقصاً وأكله الشفيع بطلب لاحق ، فلا بد من إعلان الطلب اللاحق في الميعاد القانوني وإلا بطلت الشفعة ، لأن الطلب الذي قدم في الميعاد القانوني ناقص فلا يمتد به ، ولأن الطلب اللاحق الذي يكمل الطلب السابق أعلن بعد الميعاد القانوني فلا يمتد به أيضاً (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٦) .

(٢) وإذا تعدد البائعون أو المشترون ، وجب إعلانهم جميعاً بطلب الشفعة في الميعاد القانوني . ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع بسقوط حق الشفيع لعدم توجيهه لإنذار الرغبة إلى جميع البائعين . فأجاب الشفيع على ذلك بأنه لم يكن يعلم بصفات البائعين إلا عند تحرير صحيفة الدعوى ، ولذلك ذكر بها أسماءهم وأماكنهم على حقيقتها ، وكان المشتري لم يعترض على هذه الصحيفة بأي اعتراض ولم يوجه إليها أي طعن ولم يقدم أي دليل على عدم صحة هذه الإجابة ، فإن أخذ المحكمة بها لا يكون خطأ في القانون ولا عيباً في الاستدلال (نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٩١ ص ١٥٧ - وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٨ ص ٤٨٣) .

(٣) وقد قضت المادة ٩٤٠ مدني (انظر آتياً فقرة ٢٠٣) بأن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى كل من البايع والمشتري ، وإلا سقط حق الشفيع . وكانت المادة ١/١٤ من قانون الشفعة =

موطن كل من المشتري والبائع . أى إلى المحل الذى يقيم فيه . ولا يصح أن يوجه الإعلان إلى المحل الذى يباشر فيه عمله من تجارة أو حرفة . ذلك أن المادة ١١ مرافعات تقضى بتسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه . ونقضى المادة ١/٤٠ مدنى بأن « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » . فيجب إذن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى المكان الذى يقيم فيه عادة كل من المشتري والبائع . ولا يجوز إعلانه فى المكان الذى يباشر فيه المشتري أو البائع تجارته أو حرفته . فإن هذا المكان لا يعتبر موطناً له إلا « بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » (م ٤١ مدنى) (١) .

= السابق تنص على أنه «يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشتري بطلبه كتابة على يد محضر» . ولم ينص صراحة على سقوط . فذهب رأى إلى أن إعلان البائع بطلب الشفعة لا يؤدي إلى سقوطها بحجة عدم النص صراحة على السقوط (أسيوط الكلية ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ الخامة ٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ - وقارن نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠) ، ومن أجل ذلك نص التقنين المدنى الجديد فى المادة ٩٤٠ منه كما رأينا صراحة على سقوط حق الشفع . وذهب رأى كذلك . فى عهد قانون الشفعة السابق ، إلى أن طلب الشفعة يجوز أن يكون بإعلان غير رسمى ولو بكتاب فى البريد لنفس السبب وهو عدم النص صراحة على السقوط فى المادة ١/١٤ من قانون الشفعة السابق (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٩ الخامة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٥١٤ - الإسكندرية الوطنية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الخامة ١٠ رقم ٢٩٠ ص ٥٨١ - أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الخامة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - استئناف مخطوط ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٧ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩) ، ومن أجل ذلك نص التقنين المدنى الجديد فى المادة ١/٩٤٢ كما رأينا على بطلان الإعلان إذا لم يكن رسمياً . فحسم التقنين المدنى الجديد ، على هذا الوجه ، كل الخلافات التى كانت قائمة فى شأن هذين الأمرين (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٦ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٨) .

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٦ ص ٤٨٠ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المحل المقصود فى المادة السادسة من قانون المرافعات (القديم) هو المركز المنسوب إلى الشخص الذى يفترض أنه عالم بما يجرى فيه مما يتعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائماً ولوغاب عنه بعض الأحيان . والمحل بهذا المعنى ، كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه ، يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ، وإذا كانت المادة السابعة من قانون المرافعات (القديم) قد تحدثت عن خادم الممن إلى أو أئوبه الساكنين معه ، فإن هذا معناه أن أحكام المادة المذكورة واجبة التطبيق حين يكون الإعلان قد وجه إلى مسكن المراد إعلان . وهو لا يبنى على أن الشارع لم يرد بانحن ، لا المنسكن ، إذ لو كان ذلك مراد الشارع لكان سهلاً .

وإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة (١) على الوجه المتقدم الذكر ، ولم يمحض في الإجراءات التالية لذلك . كأن لم يودع الثمن خزانة المحكمة أو لم يرفع دعوى الشفعة في الميعاد القانوني على ما سنذكره . فإن حقه في الشفعة يسقط . وإعلانه الرغبة في الأخذ بالشفعة إرادة منفردة صادرة من جانبه ، فهي تصرف قانوني صادر من جانب واحد . وفي رأينا أن هذه الإرادة التي صدرت من جانب الشفيع هي العنصر الذي يستكمل به عناصر الأخذ بالشفعة ، وبمجرد إعلانها إلى كل من البائع والمشتري تتكامل هذه العناصر ، فيحل الشفيع محل المشتري إزاء البائع بحكم القانون (٢) . ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يرجع في هذه الإرادة ويعدل عن طلب الشفعة بعد أن أعلن رغبته في الأخذ بها ، إلا برضاء المشتري (٣) . ولا بد من هذا الرضاء أيضا — ومن باب

= أن ينص على وجوب الإعلان في المسكن ، بدلا من أن ينص على وجوبه في المحل ، مع الفارق الواضح في مدلول اللفظين . وعلى ذلك يكون إنذار إظهار الرغبة الذي أعلن في مكتب المقاولات صحبياً (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) — وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٩ هامش ٣ .

ولكن جد بعد حكم محكمة النقض أن صدر التقنين المدني الجديد يعرف الموطن بأنه «المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة» (م ٤٠ / ١ مدني) ، فأصبح الإعلان في غير هذا المكان لا يجوز ، إلا فيما يتعلق بتجارة الشخص أو حرفته فيكون الموطن عندئذ الذي يجوز إعلان الشخص فيه هو المكان الذي يباشر فيه الشخص التجارة أو الحرفة (م ٤١ مدني) .

(١) واشتال إعلان الرغبة على رأى الشفيع في بطلان عقد البيع لصدوره وقت التفكير في الحجز على البائع أولاً لأنه تناول أكثر مما يملك ، لا يزيل الآثار القانونية المترتبة على هذا الإعلان ، متى كان قد تضمن إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة بصورة تكفي للتعبير عن نيته (نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٠ رقم ٨١) .

(٢) أنظر آنفاً ص ٤٥١ . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا بد من تسجيل الحكم الصادر بثبوت الحق في الشفعة ، أو تسجيل الورقة المثبتة للتراضى على الأخذ بالشفعة ، وسيأتي تفصيل ذلك . ويلاحظ أن حلول الشفيع محل المشتري بإعلان الرغبة في الشفعة لا بد أن يكون خالياً من النزاع ، ولا يخلو من النزاع إلا بأحد أمرين : تسليم المشتري بالشفعة أو صدور حكم نهائي بها . ولكن كلا من تسليم المشتري والحكم بالشفعة لا ينشئ حق الشفيع في الحلول محل المشتري ، ولكن يكشف عنه ويجعله خالياً من النزاع على الرأى الذي نذهب إليه فيما سيجيء . والحكم بالشفعة يقتضى رفع دعوى بالشفعة وقيد الدعوى في المواعيد القانونية ، ولا تكون الدعوى مقبولة إلا إذا أودع الشفيع الثمن خزانة المحكمة قبل رفعها .

(٣) وقد يقال إن الشفيع يستطيع العدول عن الأخذ بالشفعة بعد إعلان رغبته فيها من طريق عدم إيداع الثمن أو عدم رفع الدعوى في الميعاد القانوني . وهذا صحيح ، ولكن يجب —

أولى - إذا رفع الشفيع دعوى الشفعة ، وأراد بعد ذلك العدول عن طلبها .
 أما رأى الذى يقول بأن الشفيع لا يتم له الأخذ بالشفعة إلا بصدر حكم
 بثبوت حقه فى ذلك أو بالتراضى عليها مع المشتري ، وسيجىء بيان ذلك ،
 فإنه يذهب بحكم منطقته إلى أنه يجوز للشفيع أن يعدل عن طلب الشفعة بعد أن
 أعلن رغبته فى الأخذ بها ، وذلك ما لم يقبل المشتري طلب الشفيع ويسلم له
 بالشفعة ويخطره بهذا القبول ، فعند ذلك لا يجوز للشفيع أن يرجع فى طلبه
 لحصول تعاقد صريح بين الطرفين لا يجوز الرجوع فيه إلا براض جديد (١) .
 ويصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع دعوى
 الشفعة رأساً على كل من البائع والمشتري . ولكن بشرط فى ذلك أن تعلن
 عريضة الدعوى إلى كل من البائع والمشتري فى خلال خمسة عشر يوماً من يوم
 الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلاناً بالرغبة فى الأخذ
 بالشفعة حاصلًا فى الميعاد القانونى ، كما يشترط إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل
 رفع الدعوى حتى يكون رفع الدعوى صحيحاً إذ تشترط الفقرة الثانية من
 المادة ٩٤٢ مدنى كما سئرى « أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى
 بالشفعة » (٢) . وعند ذلك محل إعلان عريضة الدعوى محل إعلان الرغبة فى
 الأخذ بالشفعة ، وبستطيع الشفيع بعد ذلك أن يمضى فى الإجراءات (٣) .

- أنه ملزم بإعلانه التى أعلنها بحيث لو سلم المشتري بالشفعة إثر إعلانه برغبة الشفيع فيها ،
 خلا حق الشفيع من النزاع وثبتت شفيعته ، حتى لرعدل عن الإرادة التى أعلنها .

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٧ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٧ ص ٥٠٠ - ويذهب إلى أن قيد
 الدعوى بالعدول يجوز أن يتم فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان صحيفة الدعوى ، لأن المشرع
 اشترط رفع الدعوى وقيدتها فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة (م ٩٤٣ مدنى) ،
 وبما أن إعلان صحيفة الدعوى قد تضمن فى نفس الوقت إعلان الرغبة فيكون من حق الشفيع أن
 يتراخى فى قيد دعواه حتى يستنفذ هذا الميعاد (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٧ ص ٥٠٠) . ونرى
 صحة ما يذهب إليه فى ذلك ، على أنه يلاحظ أن تقنين المرافعات قد عدل فى هذه المسألة ،
 فأصبح قيد الدعوى يسبق إعلان صحيفة كما سئرى ، ومن ثم لا يأتى الآن للشفيع أن يعلن صحيفة
 الدعوى قبل أن يقيد الدعوى .

(٣) استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٥٠ الحامدة ٢١ رقم ١٦٣ ص ٤١٦ - طعناً

الكلية ١٦ يوليه سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٩ ص ١٩ - ١٢ مايو سنة ١٩١٧

المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٩ ص ٨ - مصر الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الحامدة ٩ رقم ٢٢٧ -

ولكن إذا سلم المشتري عند بدء إجراءات الدعوى بشفعة الشفيع ، فإن الشفيع هو الذى يتحمل مصروفات الدعوى إذ يتبين أنه كان فى غنى عن رفعها (١) .

٢٠٦ - ميعاد إعلانه الرغبة فى الأخذ بالشفعة - نص قانونى : ويجوز

إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ولو قبل إنذار الشفيع بوقوع البيع ، فيستطيع الشفيع دون أن ينتظر هذا الإعلان ، وبمجرد علمه بوقوع البيع ، أن يبادر إلى إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من المشتري والبائع (٢) . بل يجوز للشفيع أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة رفع دعوى الشفعة رأساً ، بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة ، ويقدم إعلان عريضة الدعوى مقام إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة كما سبق القول (٣) .

ولكن إذا لم يوجد مبدأ للشفعة - الذى يجوز فيه للشفيع إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة غير وقت وقوع البيع ، فإنه توجد نهاية لهذا الوقت لا يستطيع الشفيع إذا جاوزها أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة إعلاناً صحيحاً ، ومن ثم تسقط شفيعته . فهو لا يستطيع أولاً أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، إذا أنذره البائع أو المشتري بوقوع البيع ، إلا فى خلال خمسة عشر يوماً من هذا الإنذار . وهو لا يستطيع ثانياً أن يعلن هذه الرغبة ، إذا لم ينذره البائع أو المشتري بوقوع البيع ، إلا فى خلال أربعة أشهر من وقت تسجيل البيع . وهو لا يستطيع أخيراً إعلان هذه الرغبة ، إذا لم ينذر بالبيع ولم يسجل هذا العقد ، بعد خمس عشرة سنة من تمام عقد البيع لأن حقه فى طلب الشفعة يكون قد سقط بالتقادم . ونتناول هذه الفروض الثلاثة على التعاقب :

-
- ص ٤٠٢ - أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - ١٣ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٧ - ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٩ - ١٠ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٨ ص ٤٠٠ - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٩ ص ٢٧٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٣ - وانظر آنفاً ص ٦٢٧ .
- (١) ضد الكلية ١٦ يوليه سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٩ ص ١٩ - مصر الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ ص ٤٠٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٨ .
- (٢) أنظر آنفاً ص ٦٢٧ .
- (٣) أنظر آنفاً ص ٦٣٢ .

أولاً - إذا أُنذر الشفيع بوقوع البيع : رأينا (١) أن المادة ٩٤٠ مدني تنص على أنه « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » . فيجب إذن على الشفيع ، إذا أُنذره أي من البائع أو المشتري بوقوع البيع وأراد الأخذ بالشفعة ، أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري في الأخذ بها في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول الإنذار الرسمي إليه بوقوع البيع . وكانت المادة ٢/١٩ من قانون الشفعة السابق تقضي بأن يسقط حق الشفعة « إذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بابتداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشتري . ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » (٢) . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٠ من التقنين المدني الجديد موافقاً في حكمه لحكم المادة ٢/١٩ من قانون الشفعة السابق ، إذ كان يقضي بأن ميعاد الخمسة عشر يوماً يسري من وقت إنذار الشفيع بوقوع البيع أو من وقت علمه بذلك . وقد حذفت لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عبارة « من تاريخ علمه بالبيع » ، فجعلت ميعاد الخمسة عشر يوماً يسري من تاريخ الإنذار الرسمي وحده دون العلم بالبيع ، « إذ دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبيع كواقعة مادية يثير كثيراً من الإشكالات والقضايا ، فحسباً لذلك رأت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمي وحده » . وأبدت لجنة مجلس الشيوخ وجهة النظر هذه ، إذ رأت حسماً للخلاف ومنعاً للإشكالات أن تقتصر على أن الميعاد يبدأ من تاريخ الإنذار الرسمي ، لأنه تاريخ ثابت لا يحتمل التأويل » (٣) .

وعلى ذلك لا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع ، كما كان يعتد به في قانون الشفعة السابق (٤) - ومهما أقام المشتري من دليل على علم الشفيع بالبيع وأثبت

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٢٢ هامش ١ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٢١ هامش ١ .

(٤) فإذا وقع بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة وحصل العلم به قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ،

أي قبل سريان التقنين المدني الجديد وفي أثناء سريان قانون الشفعة السابق ، سري هذا القانون

على وجه التحقيق أنه علم به في وقت معين ، فإن ميعاد الخمسة العشر يوماً

= الأخير ، ووجب على الشفيع طلب الشفعة في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إنذاره بالبيع أو من يوم علمه به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البيع سبب الشفعة قد انعقد في ظل قانون الشفعة القديم ، في حين أن طلب الشفعة قد بدأت إجراءاته في ظل القانون المدني الجديد ، فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه أن يكون أحل الدعوى إلى التحقيق لإثبات تاريخ العلم بالبيع ، ذلك أن العلم بالبيع كواقعة إنما يخضع في إثباته للقانون الذي كان سارياً وقت حصوله (نقض مدني ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٧ ص ٦٥٧) . وقضت أيضاً في نفس المعنى بأنه متى كان الثابت أن عقد البيع أساس الشفعة قد انعقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون المدني الجديد ، وحصل العلم به قبل هذا التاريخ كان قانون الشفعة القديم هو الذي يجب تطبيقه على إثبات علم الشفيع بالبيع . فيجوز للمحكمة في هذه الحالة بأن تقضي ، ولو بعد ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، بأحالة الدعوى على التحقيق ليثبت المشتري بكافة الطرق أن الشفيع علم بالبيع قبل ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وأنه لم يبد رغبته في الأخذ بالشفعة في مدى خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم . ولا يجوز لها أن تطبق في هذا الخصوص مانست عليه المادة ٩٤٠ من القانون المدني الجديد من أن الخمسة عشر يوماً لا تبدأ من تاريخ العلم بل من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إلى الشفيع من البائع أو المشتري ، لأن في هذا التطبيق إخلالاً بالقاعدة العامة وهي عدم سريان القانون على الوقائع السابقة على العمل به (نفس مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٢ ص ٥٧٨) . وانظر أيضاً نقض مدني ٤ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٨ ص ١١٧ - أما بالنسبة إلى مآثر إجراءات الشفعة ، فقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العبرة بالوقت الذي يقع فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . فإن كان هذا الوقت سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فقانون الشفعة السابق هو الذي يسرى على سائر الإجراءات التي تلي إعلان الرغبة ، وإن كان وقت إعلان الرغبة غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين المدني الجديد هو الذي يسرى . انظر نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٧٦ - ٤ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٨ ص ١١٧ - وانظر مايل ص ٦٧٨ هاش ٣ . وإذا طبق قانون الشفعة السابق فيما يتعلق بالعلم بالبيع فإن المقصود بالعلم هو العلم بإمكان عقد البيع ، أي العلم التفصيلي بالبيع وبأشئ وبالشروط الأساسية مما يمكن الشفيع من تقدير ما إذا كان يأخذ بالشفعة أولاً يأخذ بها (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن علم الشفيع بأركان البيع وحدها يوجب عليه المبادرة إلى طلب الشفعة في الميعاد الذي عينه القانون ، ولا يقبل منه في هذه الحالة إذا هو آخر العتب عن ميعاده الاعتذار بأنه ما كان يعلم هل اقترن البيع بشروط أم لم يفترن ، لأن الأصل في التصرفات أن تكون خالية من الشروط (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) . ويسرى الميعاد من تاريخ العلم بالبيع ، لأن تاريخ العلم بالتسجيل

لا يسرى من هذا الوقت . ويستطيع الشفيع أن ينتظر ولا يطالب الشفعة حتى

لأن الحق في الشفعة ينشأ عند تمام البيع لا عند تسجيله (استئناف غلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣١ ص ١٠٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢) ، ولأن تاريخ العلم بقرار المجلس الإداري القاضي بالموافقة على بيع أطيان القاصر إذا وقع البيع بعد صدور هذا القرار (نقض ملئ ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٣ ص ١١٠٧) . وتجب ملاحظة أن العلم المسقط لحق الشفعة هو العلم الواقعي لا العلم الافتراضي ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بسقوط حق الشفيع بناء على أن إعلانه أحد البائعين برغبته في الأخذ بالشفعة وإدخاله في الدعوى كان بعد الميعاد القانوني مع علم الشفيع بأن هذا الذي أعلن بعد الميعاد كان من ضمن البائعين ، محصلاً قيام هذا العلم من كون الشركة التي يمثلها الشفيع كانت قد اشترت الأرض التي تشفع بها من هؤلاء البائعين أنفسهم ومنهم ذلك البائع ، ومن أن الشفيع عندما أعلن البائعين عدا البائع المذكور ذكر أنهم ورثة فلان وهذا البائع من هؤلاء الورثة ، وقائلاً إن تنيير شخص مدير الشركة طالبة الشفعة فيما بين البيع لها والبيع للشفوع منه لا ينفى سابق علمها لأن الشركة لها شخصية واحدة مستمرة ، وأن خطأها أو تفصيلها في الالتجاء إلى السجل لتعرف منه على وجه الدقة أسماء جميع البائعين يحملها تيمة السهر الذي ادعت حصوله في مسودة عقدها ونتج عنه سقوط اسم ذلك البائع الأخير ، فهذا الحكم يكون قد خالف القانون لانحرافه عن تحرر العلم الواقعي الذي يحتثه القانون إلى العلم الافتراضي الذي لا يكفي في هذا المقام (نقض ملئ ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١) . وانظر أيضاً أحكاماً أخرى لمحكمة النقض في مسألة العلم في مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول : نقض ملئ ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ ص ٧٢٢ رقم ٩٦ (لا يكفي إثبات علم الشفيع إذا كان تاريخ العلم غير معين بالضبط) - ٩ مارس سنة ١٩٥٠ ص ٧٢٢ رقم ٩٢ (علم الشفيع بأسماء بعض المشترين دون بعض يحمل الميعاد يسرى فيما يتعلق بالمشترين الذين علم بهم الشفيع - وفي هذا المعنى أيضاً ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ ص ٧٢٢ رقم ٩٣) - ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ ص ٧٢٢ رقم ٩١ (استخلصت المحكمة استخلاصاً سائفاً عدم علم الشفيع بالبيع من أن الإنذار الموجه إليه بوقوع البيع خال من إسناد تاريخ علمه إلى تاريخ سابق على تاريخ الإنذار) - ٨ مايو سنة ١٩٥٢ ص ٧٢٣ رقم ٩٩ (علم زوج الشفيع وأولادها وهم يباشرون أعمالها قرينة على علم الشفيع نفسها) - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ ص ٧٢٢ رقم ٩٥ (تحصيل العلم من كتاب موصى عليه مرسل للشفيع متضمناً لأركان البيع وشروطه الأساسية) - ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ ص ٧٢٣ رقم ٩٨ (إثبات اطلاع الشفيع على عقد البيع يكفي لإثبات العلم) - أما إذا كانت واقعة العلم بالبيع قد حصلت وقت سريان التقنين المدني الجديد ، فأحكام هذا التقنين هي التي تسمى ، ولا يفتد بالعلم وإنما يفتد بالإنذار الرسمي بوقوع البيع . وقد قضت محكمة النقض بهذا المعنى بأنه إذا كانت واقعة العلم بالبيع مدعى بخصوصها في يوم ٥ من ديسمبر سنة ١٩٥١ ، فلازم ذلك مدعى بحكم التقنين المدني الجديد النافذ اعتباراً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . وإذا كان حق الشفيع في إعلان الرغبة في ظل هذا التقنين وطبقاً للمفهوم من نص المادة ٤٩٠ ملئ لا يستلزم إلا بعض خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إليه البائع

يصله الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، ويبقى محتفظاً بحقه في طلب الشفعة المدة التي تفصل ما بين العلم بالبيع وتاريخ الإنذار الرسمي مهما طالت . فاذا ما وصله الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، فعند ذلك فقط يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً ، ويتعين عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته في ذلك في خلال هذه المدة إلى كل من البائع والمشتري . وبحسب ميعاد الخمسة عشر يوماً وفقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات . فلا يحسب اليوم الذي يسلم فيه الشفيع الإنذار

= أو المشتري ، وكان المشتري لم يدع أنه قد وجه هو أو البائع هذا الإنذار إلى الشفيع ، فإن حقها في إعلان رغبته في الشفعة لا يسقط بالإقرار المنسوب إليها في إنذار الشفعة المقدم للشهر في ٦ من سبتمبر سنة ١٩٥١ بأنها علمت في اليوم السابق على ذلك بالبيع ، ويبدأ سريان ميعاد الرغبة في الأخذ بالشفعة من وقت الإنذار لا من وقت العلم (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١١٧) .

ويقع عبء إثبات العلم بالبيع على المدعي عليه في دعوى الشفعة ، وله أن يثبت بجميع طرق الإثبات لأنه واقعة مادية ، ولكن لا يكفي مجرد جوار الشفيع لافتراض العلم (استئناف وطني ٢٥ مارس سنة ١٨٩٨ القضاء ٥ ص ٢١٨ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٧ الاستقلال ٦ ص ٢٤٤ - استئناف غنط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٢ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ - ٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٧٤ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٤٤) . وواقعة العلم مسألة موضوعية يستخلصها قاضي الدعوى من أدلة وقرائن يصح أن تؤدي إليها عقلاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع في دعوى الشفعة بسقوط الحق في رفعها لعدم توجيهها إلى جميع البائعين ، فطلب المدعي التأجيل لإدخال من لم توجه إليه منهم ، فأجابته المحكمة إلى طلبه ، فطلب صورة عقد البيع لمعرفة أسماء جميع البائعين ودفع رسم الصورة وسُئلت الصورة في التاريخ الذي ذكرته المحكمة في حكمها إلى وكيله في دعوى الشفعة بالذات ، ولكنه تأخر في إعلان باقي البائعين أكثر من شهرين من تاريخ تسليم وكيله الصورة ، فاستخلصت المحكمة من ذلك وغيره ما ذكرته في حكمها أنه كان يعلم بأسماء البائعين الباقيين من تاريخ تسليم وكيله أو بعد ذلك بزمان وجيز ، فإن استخلصها ذلك سائق وفي حدود سلطتها (نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠) . وإذا كان لا يكفي علم وكيل الشفيع بالبيع إذا كان الشفيع شخصياً مجهله (استئناف غنط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢١ - ٢ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣) ، فإنه إذا رفضت المحكمة طلب الشفعة اعتماداً على أن الشفيع نفسه ، لا وكيله فقط ، قد علم بمحصول البيع وسكت عن طلب الشفعة حتى انقضت المواعيد القانونية ، وذكرت في حكمها القرائن والدلائل التي اطمأنت إليها في تكوين عقيدتها بقيام هذا العلم الشخصي ، فلا شأن لمحكمة النقض معها (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٨ ص ١١٢٧) .

الرسمى ، وإلا كان الميعاد ناقصا . وقد نصت المادة ١/٢٠ مرافعات في هذا الصدد على أنه « إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعادا مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين : فلا يحسب منه يوم التكليف أو التنبيه أو حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجر باللميعاد . . . » (١) ويحسب اليوم الأخير ، فيجب على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة بحيث يصل هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري في ميعاد نهايته اليوم الخامس عشر من اليوم التالي لليوم الذى تسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمى . وقد نصت المادة ١/٢٠ مرافعات في هذا المعنى على أن « . . . ينقضى الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه ، إذا كان ظرفا يجب أن يحصل فيه الإجراء . . . » (٢) . ونصت المادة ٦ مرافعات ، في خصوص أن تكون العبرة بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشتري لا بتقدمه إلى قلم المحضرين ، على أنه « إذا نص القانون على ميعاد حتمى لرفع دعوى أو طعن أو أى إجراء آخر يحصل بالإعلان ، فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله » (٣) . وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٠ مدنى ،

(١) وقد قضت محكمة النقض ، في عهد قانون الشفعة السابق وبالنسبة إلى سريان الميعاد من وقت العلم بالبيع ، بأن المادة ١٩ من قانون الشفعة ، إذ نصت على أن إظهار الشفيع رغبته يكون في خلال خمسة عشر يوماً « من وقت علمه بالبيع » ، لم ترد أن تجعل هذه الخمسة عشر يوماً تبتدىء من لحظة العلم بالبيع ، بل أرادت أن تجعلها تبتدىء من اليوم التالى لتاريخ العلم به (نقض مدنى ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤) . وانظر أيضاً استئناف مخطوط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ - وكانت محكمة استئناف مصر قد قضت على العكس من ذلك بأنه يجب حساب اليوم الذى حصل فيه العلم بالبيع داخلا في مدة الخمسة عشر يوماً المقررة قانوناً لإبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وإلا سقط حقه فيها ، بغير التفات إلى ساعة العلم (استئناف مصر ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٢٩ ص ٤٨٩) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ - وإذا أعلن واحد منهما في الميعاد وأعلن الآخر بعد فوات الميعاد - سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٧٣ ، منصور معطى منصور فقرة ١٤٥ ص ٢٤٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة في انتهاء الميعاد هي بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشتري - لا بتسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين ، لأن نص المادة ١٩ (من قانون الشفعة السابق) صريح في وجوب الإعلان ، والإعلان لا يكون بالتسليم لقلم المحضرين وإنما يكون بأسرق -

كما رأينا ، على أن « يزداد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » .
 والمفروض هنا أن يكون بين موطن الشفيع وموطن البائع أو موطن المشتري مسافة بحسب لها ميعاد ، إذ المطلوب أن يعلن الشفيع كلا من البائع والمشتري في موطنه ، فإذا بعد هذا الموطن عن موطن الشفيع بحسب لهذا البعد ميعاد المسافة الذي يقرره القانون^(١) . وقد نصت المادة ٢١ مرافعات في هذا الصدد على أنه « إذا كان الميعاد معيناً في القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه ، زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو متراً بين المكان الذي يجب الانتقال منه وبين المكان الذي يجب الانتقال إليه ، وما يزيد من الكسور على ثلاثين كيلو متراً يزداد له يوم على الميعاد ، ولا يجوز بأية حال أن يتجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام . ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر » . « بالنسبة لمن يقع موطنه في مناطق الحدود^(٢) » .
 فإذا بعد موطن المشتري عن موطن الشفيع بمقدار خمسين كيلو متراً أو ستين كيلو متراً أو سبعين كيلو متراً ، زيد ميعاد المسافة ، بالنسبة إليه ، يوماً واحداً فيصبح الميعاد ستة عشر يوماً . وإذا بعد موطن البائع عن موطن الشفيع بمقدار تسعين كيلو متراً أو مائة كيلو متر إلى مائة وثلاثين ، زيد الميعاد ، بالنسبة إليه ، يومين فيصبح سبعة عشر يوماً . وإذا بعد موطن أى من البائع أو المشتري عن موطن الشفيع بمقدار مائتي كيلو متر أو أكثر ، زيد ميعاد المسافة ، بالنسبة إليه ، أربعة أيام فيصبح الميعاد تسعة عشر يوماً . وإذا وقع اليوم الأخير

= المقررة في قانون المرافعات . يؤكد هذا النظر ما جاء في آخر الفقرة الثانية من المادة ١٩ (من قانون الشفعة السابق) من أنه « يزداد على هذه المدة (أى مدة الخمسة عشر يوماً) عند الاقتضاء ميعاد المسافة » ، مما يقطع بأن المقصود بإظهار الرغبة هو بالإعلان أى بتسليم الورقة للمشتري إليه أو في محله على حسب الأصول المرسومة في القانون . فإنه لو كان يمكن مجرد التسليم لقلم المحضرين ، لما كان هناك محل للنص على ميعاد المسافة ، ولما كان انشراح بين ما يجب على الشفيع اتباعه بعد هذا التسليم إذ التسليم بذاته ليس فيه أى إعلان للخصم . وإذن فالحكم الذى يبنى قضاءه على أن العبرة في احتساب مدة إظهار الرغبة في شفعة هى بحصول الإعلان إلى البائع والمشتري ، لا بتقديم الورقة إلى قلم المحضرين ، يكون قد أصاب في تطبيق القانون (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٤ ص ٦١٦) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٢ ص ١٤٤ .

(١) نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤ .

(٢) وانظر المادة ٢٢ مرافعات في تحديد مواعيد المسافة لمن يكون موطنهم في الخارج .

من ميعاد الخمسة العشر يوماً فيما إذا لم تكن هناك مواعيد مسافة ، أو وقع اليوم الأخير من الميعاد مضموماً إليه مواعيد المسافة متصلة به اتصالاً مباشراً بحيث يكون هو وإياها ميعاداً واحداً متواصل الأيام ، في يوم عطلة رسمية ، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها (١) . وقد نصت المادة ٢٣ مرافعات في هذا الصدد على أنه « إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية : امتد إلى أول يوم عمل بعدها » . فإذا ما انتهى ميعاد الخمسة العشر يوماً ، وكانت الأيام الأربعة التالية لانتهائه أيام عطلة ، وكان الواجب ضم يومين إلى الميعاد للمسافة ، فإن هذين اليومين يتصلان بالميعاد الأصلي اتصالاً مباشراً ، وينتهيان في نهاية اليومين الأولين من أيام العطلة . ولما كان اليوم التالي لانتهائهما هو يوم عطلة أيضاً وكذلك اليوم الذي يليه ، فإنه يجب إتمام إعلان طلب الشفعة في اليوم التالي مباشرة لانتهاء أيام العطلة الأربعة (٢) .

والميعاد ، ضمت إليه مواعيد مسافة أو لم تضم ، ليس مدة تقادم prescription بل مدة سقوط déchéance ، فيسرى حتى على الغائبين ومن كان غير أهل

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن محكمة الموضوع أخطأت في احتساب الميعاد ، إذ لم تمدّه اليوم الثاني للعطلة ولم تضيف إليه ميعاد المسافة ، تعين قبول هذا الدفع (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ .

(٢) ولا يقال إن ميعاد الخمسة العشر يوماً قد انتهى ، وتلى انتهائه أيام عطلة فيتوقف سريان الميعاد ، ثم يستأنف السريان عقب انتهاء أيام العطلة لمدة يومين آخرين هما ميعاد المسافة ، فيكون الشفع عقيب انتهاء أيام العطلة يومان لا يوم واحد . لا يقال ذلك ، فإن سريان الميعاد لا يتوقف في أيام العطلة بل يستمر ، فينقضي في أثنائها اليومان المعطيان للمسافة ، ويصادف انقضاءهما يوم عطلة ، فيمتد الميعاد إلى اليوم التالي لانتهاء أيام العطلة ، ولا يمتد إلى أكثر من ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد المسافة بحسب المادة ١٧ مرافعات (قديم) إنما هو زيادة على أصل الميعاد ، وكونه زيادة على الأصل يفيد بداية أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه ميعاداً واحداً متواصل الأيام . فإذا كان الميعاد ينتهي آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده ، وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة ، فإنه يأخذ هذا الميعاد متلاحقاً متصلاً مباشرة بأيام أصل الميعاد . وإن مبدأ القانون في شأن المواعيد أن العطلة غير مرفقة لسريانها ، بل إنها تسري في أثنائها . وكل ما أجاز به بحسب مفهوم المادة ١٨ مرافعات (قديم) أن الميعاد إذا وقع آخره يوم عطلة ، فإنه يمتد لليوم التالي . فإن كانت الأيام التالية هي أيضاً أيام عطلة ، امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة (نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤) .

للتصرف ، ولا يقبل الانقطاع (interruption) ولا الوقف (suspension) (١)
 ثانياً - إذا لم ينذر الشفع بوقوع البيع أو كان الإقرار بطلاً ، ولكن
 المشتري سجل عقد البيع : تنص المادة ٩٤٨ (ب) مدني على ما يأتي : يسقط
 الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : . . . (ب) إذا انقضت أربعة أشهر
 من يوم تسجيل عقد البيع . . . (٢) . ويخلص من هذا النص أن الشفع ، إذا

(١) استئناف مخلف ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤ - محمد كامل مرسي ٢ فقرة
 ٤١١ ص ٤٠٤ - ص ٤٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٧ (ب) من المشروع التمهيدي على الوجه
 الآتي : « . . . لا يجوز الأخذ بالشفعة في الحالتين الآتيتين : . . . (ب) إذا انقضت ثلاثة
 أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . ويسرى هذا الميعاد حتى في حق ناقصي الأهلية والغائبين .
 وفي لجنة المراجعة حذف سريان مدة ثلاثة أشهر في حق ناقصي الأهلية والغائبين اكتفاءً
 بالقواعد العامة ، وأضيفت حالة جديدة تتضمن سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا انقضت
 سنة كاملة عن وقت وضع يد المشتري على العقار المبيع ، وأصبح النص رقمه ١٠٢٢ (ب)
 و (ح) في المشروع النهائي . « ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠١٩ (ب) و (ح) .
 وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بعبارة « ثلاثة أشهر » في البند (ب) عبارة « أربعة أشهر » توجهاً
 للتيسير ، وحذف البند (ح) المتعلق بسقوط حق الشفعة بانقضاء سنة من وقت وضع يد المشتري
 على العقار ، خشية أن يكون الحكم الوارد فيه محل إشكالات في المستقبل ، ولأن فائدة العملية
 تضاعف كل التضاريل إزاء نص البند (ب) ، ولأن هذا الحكم قد يؤدي إلى التلاعب بقصد إضاعة
 حق الشفع . وأصبح رقم النص ٩٤٨ (ب) . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنة
 مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٦) .

ويقابل النص المادة ٢٢ من قانون الشفعة السابق : يسقط الحق في الشفعة في سائر الأحوال
 بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفع
 غير أهل لتصرف أو غائباً . (والمدة في قانون الشفعة السابق ستة أشهر ، وقد انقضت في التقنين
 المدني الجديد إلى أربعة أشهر) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٥٢ (ب) : يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية :
 . . . (ب) إذا انقضت سنة من يوم قيد عقد البيع ، سواء كان الشفع حاضراً أو غائباً .
 (والمدة في التقنين الليبي سنة بدلاً من أربعة أشهر في التقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٣٤ (و) : لا تسع دعوى الشفعة . . . (و) إذا انقضت
 سنة أشهر من يوم تمام البيع ، ويسرى هذا الميعاد حتى في حق المحجورين والغائبين . (والمدة
 في التقنين العراقي سنة أشهر من يوم تمام البيع ، ولكن ليس في التقنين العراقي يتم في
 دائرة الطابو ، في حين أن المدة في التقنين المصري هي أربعة أشهر) .

لم يحصل علمه بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمى السابق ذكره ، فالقانون يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أنه علم بالبيع إذا سجله المشتري ، إذ أن مهمة التسجيل هي شهر البيع . ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع ليس إلا علماً افتراضياً ، فقد أطال القانون المدة التي يتعين في خلالها أن يطلب الشفيع الشفعة ، فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل^(١) ، وقد كانت ستة أشهر في قانون الشفعة السابق ، وأنقصت في المشروع التهيدى لنص المادة ٩٤٨ (ب) إلى ثلاثة أشهر^(٢) ، ثم رقت إلى أربعة أشهر في لجنة مجلس الشيوخ ، واستقرت على ذلك في التقنين المدنى الجديد^(٣) . وقد يقال إن إسقاط حق الشفيع إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع دون أن يستعمل الشفيع هذا الحق يجعل من اليسير على المشتري إضاعة حق الشفيع ، فما عليه إلا أن يبادر إلى تسجيل البيع ، وينتظر أربعة أشهر يحتمل كثيراً في أثناءها أن يبقى الشفيع جاهلاً بوقوع البيع ، فينقضى الميعاد دون أن يطلب الشفيع الشفعة ، فيسقط حقه فيها . ولكن يمكن الرد على هذا الاعتراض بأن المشتري قد لا يعلم على وجه محقق من هم الشفعاء حتى ينذرهم بوقوع البيع ، ولا يدرى كذلك ما إذا كان حقهم في الأخذ بالشفعة حقاً ثابتاً لا يتطرق إليه الشك . وبقاؤه كذلك في حال من القلق وعدم الاطمئنان لا يجوز أن يدوم وقتاً طويلاً . فتوخياً لاستقرار التعامل ، ولأن الشفعة حق استثنائي من شأنه أن يخل بحق

= قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٨ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا لم يحصل التبليغ المبين في المادة السابقة (تبليغ الشفيع بوقوع البيع) ، يسقط حق الشفعة بعد مضي سنة من تاريخ تسجيل العقد في السجل العقارى ، وتبقى هذه المدة بحق فاقدى الأهلية والقائمين . وإن المدة المذكورة في هذه المادة وفي المادة السابقة لا تنقطع إلا بإقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود العقار الصالحة بحسب الثمن المذكور في العقد . (والقانون اللبناني يجعل المدة سنة بدلاً من أربعة أشهر في التقنين المصرى) .

(١) بدلاً من خمسة عشر يوماً من وقت الإنذار الرسمى حيث يكون علم الشفيع بوقوع البيع علماً يقينياً لا علماً افتراضياً .

(٢) وكانت لجنة الأستاذ كامل صدق هي التي أنقصت المدة إلى ثلاثة أشهر . إذ استطلع رئيس اللجنة رأى الأعضاء فيما إذا كانوا يذرون اقتراحه بتخفيض مدة سنة الأثر إلى ثلاثة فقط ، وذلك لكي لا يظل مركز المشتري قلقاً أمداً طويلاً . فوافقت اللجنة على اقتراح الرئيس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٩ من ٤٤٣ في الهامش) .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

المالك في التصرف في ملكه لمن يريد ، جـ المشرع سبيلا ميسرا للمشتري يطمئن معه إلى سقوط حق الشفعة وإلى أن الصفقة التي عقدها قد خلصت له على وجه حاسم . وسيله إلى ذلك أن يسجل عقد البيع ، فاذا انقضت أربعة أشهر من يوم التسجيل دون أن يطلب أحد الشفعة ، اطمأن المشتري إلى صفقته . وأيقن أن العقار الذي اشتراه أصبح بمنجاة من أن يأخذه أى شفع بالشفعة . هذا إلى أن الشفع يكون عادة جارا للبائع أو شريكا له ، فاذا باع هذا عقاره فالغالب أن يشعر الشفع بذلك . فاذا أراد التثبت من وقوع البيع فاعليه إلا أن يكشف عن العقار في سجلات الشهر العقاري فيجد البيع مسجلا فيها ، وله أربعة أشهر من يوم التسجيل يستطيع في خلالها أن يطلب الشفعة .

وميعاد الأربعة الأشهر ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم . فلا ينقطع ولا يقف ويسرى في حق الغائبين وغير كاملي الأهلية (١) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٤٨ (ب) مدني يشتمل على نص صريح في هذا المعنى . فحذف في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (٢) . ويسرى الميعاد من اليوم التالى مباشرة لليوم الذى حصل فيه التسجيل (٣) حتى لا يكون ناقصا . وتحسب الشهور

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١١٦ - ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٦ - وإذا طالب الشفع المشتري باستحقاقه للأرض المبيعة بسبب آخر غير انشفة ورفع عليه دعوى الاستحقاق ، فإن مواعيد انشفة تبقى معلقة في أثناء دعوى الاستحقاق ، حتى إذا بت في هذه الدعوى لصالح المشتري ، عادت مواعيد الشفعة إلى السريان (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٨ - ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣١١) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٦ ص ٥٢٥ هامش ٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨١ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٥١ هامش ٢ .

(٣) ولا يسرى الميعاد من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشتري على البائع في شأن البيع المشفوع فيه . وقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد سقوط حق الشفع في الأخذ بالشفعة المنوّه عنه في المادة ٢٢ من قانون الشفعة (القديم) يبدأ من يوم الحكم بصحة عقد البيع ، لامن يؤم تسجيل صحيفة الدعوى (نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ بمجموعة المكتب القنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٤) . ونقضت بأنه إذا كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة صريحة في النص على سقوط الحق في الشفعة بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وإذا كان النص على سقوط حق إذا لم يستعمل في مدة معينة يجب التزام حدوده ، فإن الحق في الشفعة لا يسقط بمضي ستة أشهر على تاريخ صحيفة الدعوى المرفوعة بشأن عقد شراء الأيمان المشفوع فيها ، سواء أكانت هذه الدعوى صحة أم صحة توقيع (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص ٤٢٥) . وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٣ .

الأربعة بالتقويم الميلادى إذ لا يوجد نص على خلاف ذلك (م ٣ مدنى وم ٣/٢٠ مرافعات) (١). فإذا تم التسجيل مثلاً فى اليوم الأخير من شهر أكتوبر سنة ١٩٦٧ (٣١ أكتوبر سنة ١٩٦٧) ، وجب على الشفيع أن يطالب الشفعة فى ميعاد غايته اليوم الأخير من شهر فبراير سنة ١٩٦٨ (٢٩ فبراير سنة ١٩٦٨) ، أى أن طالب الشفعة يتم إعلانه لكل من البائع والمشتري فى هذا الميعاد. وإذا كان اليوم الأخير لطلب الشفعة يوم عطلة ، امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل إلى انتهاء العطلة ، وكل ذلك على التفصيل الذى قدمناه فى ميعاد الخمسة العشر يوماً من يوم إنذار الشفيع بوقوع البيع . فإذا لم يطالب الشفيع الشفعة فى الميعاد على الوجه المتقدم الذكر ، كان للمشتري أن يتمسك بسقوط الحق فى الشفعة (٢) وليس عليه إلا أن يثبت أن البيع قد سجل وأنه قد مضى على تسجيله أربعة أشهر من غير أن يستعمل الشفيع حقه (٣) . فليس عليه أن يثبت أن الشفيع

(١) وقد جرت الأحكام ، فى عهد قانون الشفعة السابق ، على حساب مبدد السنة الأشهر بحسب التقويم الهجرى . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا سجل عقد البيع فى ٢ من ربيع الأول ، فإن دعوى الشفعة المرفوعة فى ٣ من رمضان تكون جائزة (استئناف مصر ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٢٢ ص ٨٧٠) . وانظر استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٢٢٣ ص ٢٢٣ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ١٦ - محمد كامل مرسى ٣٤٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٤ ص ٥٨٢ .

(٢) وللمحكمة أيضاً أن تقضى بسقوط الحق فى الشفعة من تلقاء نفسها . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الشرط المترتب على انقضاء سنة أشهر (الآن أربعة أشهر) من تاريخ التسجيل مبنى على علم افتراضى اشتقه الشارع من التسجيل وفرضه على كافة الشفعاء ، فللمحكمة أن تضيف هذا السبب الافتراضى حتى لو سكت صاحب الشأن عن إبدائه إذا كانت الأوراق ناطقة بوجوده . وليس على المحكمة فى هذه الحالة إلا أن تنبذ الخصوم إلى ما استظهرته من الأوراق ليستبينوا موقفهم ويتوفروا دفاعهم (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٠٧ ص ٢٨١) . وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٤ ص ٥٨١ .

ويمكن القول بوجه عام إن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها (١٥ يوماً من يوم الإنذار الرسمى و ٤ شهور من وقت تسجيل البيع و ٣٠ يوماً لإيداع اثني خزانة المحكمة ورفع دعوى الشفعة) هو من النظام العام ، فللمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها ، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وحتى لو تنازل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط أنظر فى هذا المعنى أسبوط الكثر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٥٨٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٢ .

(٣) والشفيع هو الذى يثبت أنه استعمل سنة فى طلب الشفعة . فإذا استعمل حقه فى خلال أربعة أشهر ، ولكت سنة فى بعض البيانات خطأ لم يكن من شأن أن يوقع المشتري فى أربعة

قد علم بالبيع ، إذ القانون يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس كما قدمنا أن الشفع قد علم بالبيع ما دام أنه قد سجل (١) .

هذا وقد كان المشروع النهائي للمادة ٩٤٨ (ب) ملئاً يشتمل على حالة أخرى لسقوط حق الشفعة أضافتها لجنة المراجعة ، وهي انقضاء سنة كاملة من وقت وضع يد المشتري على العقار دون أن يطلب الشفع الشفعة ، علم بوقوع البيع أو لم يعلم . ولكن هذه الحالة قد حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، لأنها قد تؤدي إلى إشكالات في العمل في إثبات وضع اليد مماثلة للإشكالات التي كان لإثبات العلم بالبيع يثيرها في عهد قانون الشفعة السابق ، ولأن سقوط حق الشفعة

= ليس ، فإن تصحيح هذا الخطأ فيما بعد لا يمد طلباً جديداً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المني بأنه إذا رفع الشفع دعواه بطلب الشفعة في الأطنان المبيعة ، ثم تبين أنه أخطأ في البيانات التي أوردها في صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأطنان ورقم القطعة من الخوص الواقعة فيه ، فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة ، وكان دفاع المشتري يقيد أنه قد اختار الدعوى مرفوعة من بادية الأمر بطلب الشفعة في هذه الأطنان فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم من أن ليس البيانات التي أوردها الشفع في صحيفة الدعوى من أخطاء لم تؤثر على نتائج عند قصد الشفع من دعواه وفهم المشتري لها ، فإن الحكم يكون معيماً إذا قضى بسقوط حق الشفع في الشفعة نسبياً على أن تعديل الطلبات في هذه الحالة يعتبر رفعاً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة في صحيفة افتتاح الدعوى وأن هذا التعديل جاء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر من تاريخ عقد تسجيل البيع (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ من ١٧٩) .

(١) نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١ - وإذا اتفق البائع والمشتري على تجزئة الصفقة ، فيشتري هو جزءاً من الأرض ويشتري صهره الجزء الآخر بحيث تتوافر في أي من الجزأين مميزات الأخذ بالشفعة ، فإن الصفقة تعتبر صفقة واحدة ، ولا محل لتسك بانقضاء ستة أشهر (الآن أربعة) على تسجيل عقد الجزء الأول من هذه الصفقة ، إذ لا يجوز هذا التسك مع ثبوت التحايل عن طريق تجزئة الصفقة (استئناف مصر ٧ يونيو سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨٥ ص ١٥٢) . وقد أقرت محكمة النقض هذا الحكم ، وقضت بأنه وإن كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة تنص على سقوط حق الشفعة في سائر الأحوال بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . . . ، فإن محل ذلك ألا يكون هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام القانون وبأن استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشتري قد أراد بتجزئة الصفقة التي اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخلاها بالشفعة هو من أمور الموضوع التي يفصل فيها قاضي الدعوى دون مقب عليه (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٩) . أنظر محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٥٤٤ ص ٥٢٤ هامش ٢ - محمد حل مرة ٢ فقرة ٣٥٥ .

بانقضاء أربعة أشهر على تسجيل البيع يغنى عن هذه الحالة الجديدة ، ولأن هذا الحكم قد يؤدى إلى التلاعب بقصد إضاعة حق الشفيع (١) .

ثالثا - سقوط دعوى الشفعة بالتقادم المسقط بانقضاء خمس عشرة سنة : ونفرض الآن فرضا يندر وقوعه ، هو أن المشتري لم ينذر الشفيع بوقوع البيع ، ولم يسجل في الوقت ذاته عقد البيع ، وعلى ذلك لا تسقط الشفعة بانقضاء خمسة عشر يوما من يوم الإنذار بوقوع البيع لأن هذا الإنذار لم يصدر ، ولا بانقضاء أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع لأن هذا العقد لم يسجل . وقد قدمنا أن التقنين المدنى الجديد لا يسقط الشفعة بانقضاء مدة معينة من وقت علم الشفيع بالبيع كما كان يسقطها قانون الشفعة السابق ، فاذا علم الشفيع بوقوع البيع من غير طريق الإنذار الرسمى فانه يبقى محتفظا بحقه في طلب الشفعة . ويبقى محتفظا بهذا الحق ، ما لم يصدر منه ما يفيد نزوله عنه ولو ضمنا ، وقد يؤول طول سكوته عن استعمال الحق مع علمه بوقوع البيع مقترنا بظروف أخرى بأنه نزول ضمن عن الحق . فاذا لم يستخلص هذا النزول الضمنى من الظروف والوقائع ، فلا مناص من القول بأن الشفيع يبقى محتفظا بالحق في طلب الشفعة ، وله أن يعلن هذا الطلب إلى كل من البائع والمشتري ، وأن يرفع بعد ذلك دعوى الشفعة بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة . ويبقى هذا الوضع قائما إلى أن تنقضى خمس عشرة سنة من وقت تمام البيع المشفوع فيه ، وعندئذ يسقط حق الشفيع في رفع دعوى الشفعة بالتقادم المسقط ، شأن دعوى الشفعة في ذلك شأن سائر الدعاوى التى تسقط بخمس عشرة سنة . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في شأن التقادم المسقط (٢) .

٢٠٧ - تسجيل إعلانه الرغبة في الإضرار بالشفعة : رأينا (٣) أن الفقرة

الأولى من المادة ٩٤٢ مدنى تنص على أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا ، وإلا كان باطلا . ولا يكون هذا إلا إعلان حجة على الغير

(١) أنظر أنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ مقرة ٥٥٠ - إسماعيل غانم ص ٨٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٤ - حسن كيرة ص ١٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٥ .

إلا إذا سجل .^١ ويخلص من هذا النص أن تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضروريا من إجراءات الشفعة ، وإنما هو طريق لجعل هذا الإعلان حجة على الغير . فيستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ألا يسجل هذا الإعلان ، ويمضي في إجراءات الشفعة التالية فيودع الثمن خزنة المحكمة ويرفع دعوى الشفعة ويستصدر حكما بثبوت حقه في الشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن إعلان طلب الشفعة لم يسجل . ولكنه في هذه الحالة يعرض نفسه لخطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه ، ويصبح هذا التصرف نافذا في حق الشفيع ما دام قد صدر قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة ، حتى لو صدر بعد ذلك حكم يقضى بثبوت حق الشفعة للشفيع . فيجدر إذن بالشفيع ، إذا أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري ، أن يبادر إلى تسجيل هذا الإعلان في مكتب الشهر العقارى الكائن بدائرته العقار المشفوع فيه ، وبذلك يأمن من تصرفات المشتري التي تصدر بعد هذا التسجيل ، إذ تصبح غير نافذة في حقه . وقد نصت المادة ٩٤٧ مدنى في هذا المعنى على أنه « لا يبرى في حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أتخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عيني رتبه أو ترتب ضده ، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » . وسيجىء تفصيل ذلك عند الكلام في آثار الأخذ بالشفعة .

وليس هناك ميعاد لتسجيل إعلان طلب الشفعة ، فيصح أن يتم التسجيل في أى وقت ، حتى بعد رفع دعوى الشفعة . ولكن إذا تأخر الشفيع في تسجيل الإعلان ، فانه يعرض نفسه كما قدمنا لخطر أن يصدر من المشتري تصرف في العقار المشفوع فيه قبل تسجيل الإعلان فيصبح هذا التصرف نافذا في حق الشفيع .

وهناك أمر آخر يجعل لتسجيل إعلان طلب الشفعة أثرا له أهميته . فقد قدمنا (١) أن المشتري إذا باع العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة ، فان هذا البيع الثانى يكون نافذا في حق الشفيع ، وينسخ البيع

الأول من ناحية الأخذ بالشفعة . ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة في البيع الثاني في مواعيده وبشروطه (م ٩٣٨ مدني) ، وتبطل الإجراءات التي يكون الشفيع قد باشرها للأخذ بالشفعة في البيع الأول . ومن ثم يكون من مصلحة الشفيع أن يبادر إلى تسجيل إعلان طلب الشفعة ، حتى يحدد بهذا التسجيل البيع المشفوع فيه ، فيمضي في الإجراءات بالنسبة إلى هذا البيع وهو آمن من تعاقب البيوع وما يستتبع هذا التعاقب من نسخ البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة وما يترتب على ذلك من بطلان الإجراءات التي يكون قد اتخذها في شأن هذا البيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا باع العين مشترىها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله ، فإن دعوى الشفعة تقام على المشتري الأول بالشروط التي اشترى بها (١) .

المطلب الثاني

إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها

٢٠٨ - المرحلة الثانية من إجراءات الشفعة تشمل على خطوتين :

بعد أن فرغنا من المرحلة الأولى من إجراءات الشفعة وهي مرحلة إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، تنتقل إلى المرحلة الثانية من هذه الإجراءات . وهذه المرحلة الثانية تشمل على خطوتين : (١) إيداع الثمن خزانة المحكمة . (٢) رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها .

§ ١ - إيداع الثمن خزانة المحكمة

٢٠٩ - نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدني على

ما يأتي :

« وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان (إعلان طلب الشفعة) ، يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى

(١) نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٢٥ مجرعة صر ١ رقم ٢٨٤ - ٨٦٤ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١١٨٦ - فقرة ٤١٩ - محمد حل عرفه ، فقرة ٢٩١ .

بالشفعة . فان لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتعارف ، سقط حق الأخذ بالشفعة ، (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/١٣٩٠ من المشروع التهدي على الوجه

الآتي : « وفي ظرف خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ ذلك الإعلان ، وفي أي حال قبل رفع الدعوى بالشفعة ، يجب أن يودع بخزينة المحكمة التكاثر في دائرتها العقار ، بلغ يساوي على الأقل ثلث الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع » . وفي لجنة المراجعة عدل المس بجعل المبلغ الواجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقي لا ثلثه فقط ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما رُعدا أن ميعاد الإيداع بين خمسة عشر يوماً ، ووافقت عليه اللجنة بهذا التعديل تحت رقم ٢/١٠١٥ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، صرف النظر عن إيداع الثمن « اكتفاء بمرضه عند إعلان عريضة دعوى الشفعة ، وهذا المرض كاف لضمان جدية الدعوى ، وهو لا يعطل في الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن » . وعلى ذلك حذف هذا النص واستبدل به نص أصيغ إلى المادة التالية يعبر على الوجه الآتي : « ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقي الذي حصل به البيع مضمناً منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلاً به من حقوق عينية » . « وقد رأت اللجنة إدخال هذا التعديل لتوجب عرض الثمن عرضاً حقيقياً لضمان جدية الدعوى ، ولا يعقب هذا العرض إيداع حتى لا يتعطل المال عن الاستغلال - فالمشترى وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا عاد المال إلى الشفيع بئد هذا العرض الحقيقي . وقد رأت اللجنة أن يكون هذا العرض عند إعلان عريضة الدعوى لا عند إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، حتى يتسع الوقت للشفيع في تدبير الثمن وفي الكشف عن العقار المشفوع فيه لمعرفة ما إذا كانت هناك حقوق عينية تثقله فتخصم من الثمن الذي يدفعه الشفيع » . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . وعرض النص على لجنة مجلس الشيوخ ، وقد ورد في محضرها ما يأتي : « ولما كان مجلس النواب قد حذف من هذه المادة فترة كان رقمها ٢ وكانت تنص على حكم خاص بإيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ووقت الإيداع وأجزاء على مخالفته ، ولما كان المجلس أيضاً قد ضمن الفقرة الأولى من المادة ١٠١٣ ذلك الحكم وعدله من إيداع إلى عرض حقيقي للثمن الذي بيع به العقار المشفوع فيه ، فإن اللجنة ، أثناء المناقشة في المادة ١٠١٣ وفي العرض الحقيقي للثمن ومداه وهل العرض يكون للثمن المذكور في المقدم أو الثمن الذي يعتقد الشفيع أنه الحقيقي وما يترتب على عرض الشفيع للثمن الحقيقي وإيداع الفرق بينه وبين الثمن المذكور في المقدم ، رأت بعد أن عرضت عليها جملة اقتراحات ظهر بعد تحليلها أنه يرد عليها اعتراضات أن أسلم وسيلة هو إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، لأن الإيداع يحفظ حقوق الدائنين المسجلين وحق البائع في باقي الثمن إذا لم يكن قد دفع له . وقد ترتب على ذلك إعادة الفقرة ٢ التي حذفها مجلس النواب إلى المادة ١٠١٢ » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل . ثم تقدم إلى اللجنة اقتراح من بعض مستشاري محكمة النقض يرمي إلى الاكتفاء بعرض الثمن دون الإيداع ، وإلى أنه إذا روي ضرورة إيداع الثمن فيكون الحكم بسقوط الشفعة في حالة عدم الإيداع جوازياً للقاضي . فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأنها انجهدت إلى تنفيذ الشفعة لتوفيق بين رأي القائلين بإلغاء هذا النظام ورأي القائلين بإبقائه ، واشترط لإيداع الثمن مظهر من -

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١/١٤ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٢/٩٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٠ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٩ (٢) .

ويخلص من هذا النص أنه يجب على الشفيع إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه ، وذلك في

= مظاهر التقيد . ثم إن جمل الحكم بسقوط الحق في الشفعة جوازيًا لقاضي عند عدم الإيداع لا يستجيب لما ينبغي في المعاملات من استقرار . على أن اللجنة رأت أن مدة الخمسة عشر يوماً التي يجب أن يتم فيها الإيداع قصيرة ، فجعلتها ثلاثين يوماً توخياً لنيسير . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٢/٩٤٢ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما أدلت به لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٠ - ص ٤٢٥ و ص ٤٢٨) .

(١) قانون الشفعة السابق م ١/١٤ : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً . (وقانون الشفعة السابق كان يكفي بعرض الثمن وملحقاته ، دون إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا مقابل .

التقنين المدني الليبي : م ٢/٩٤٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١١٤٠ : على الشفيع عند رفعة الدعوى بالشفعة أن يودع صندوق المحكمة التي يوجد لعقار المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . فإن لم يتم الإيداع ، سقطت شفيعته . (والتقنين العراقي يوجب إيداع نصف الثمن ، لا كل الثمن كما يوجب ذلك التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٩ (عدلت بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لا يمكن استعمال حق الشفعة إلا بشرط أن يقوم صاحبه بتعويض المشتري تعويضاً تاماً . وهذا التعويض يشمل : ١ - ثمن المبيع الذي يجب عرضه وإيداعه فعلياً يوم تقديم طلب الشفعة على الأكثر ، إلا إذا كان انعقد المسجل ينص على تأجيل الدفع . ٢ - نفقات انعقد ، التي تشمل رسوم التسجيل الرسمية وبدل الحسرة على ألا يزيد هذا البدل على البدل المعين بالتعريف القانونية . ٣ - بدل التحسين الطارئ على العقار بفعل المشتري ، دون الانقفاة إلى التحسين الاقتصادي الناتج عن نصب الأسوار . (والتقنين اللبناني يوجب إيداع الثمن يوم تقديم طلب الشفعة ، ما لم يكن الثمن مؤجلاً فلا يجب الإيداع . ولكن الشفيع لا يستفيد من الأجل فيما بعد إلا إذا رأت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التي تراها لازمة : أنظر م ٢/٢٥٣ من نفس القانون) .

خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان طاب الشفعة وقبل رفع دعوى الشفعة .
وهذا الإيداع على الوجه المتقدم الذكر ضرورى ، فان لم يتم به الشفع سقط
حقه فى الأخذ بالشفعة .

ومسألة إيداع الثمن مرت بتطورات تشريعية متعاقبة ، حتى استقرت فى
التقنين المدنى الجديد على الوجه السابق بيانه . وكذلك الأمر فيما يتعلق بوقت
الإيداع . ثم إن الذى يجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع
كما تقدم القول ، حتى لو كان الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشتري أو كان
المشتري لم يدفع للبائع إلا جزءا منه فقط . أما ملحقات الثمن ، وأما المصروفات
الضرورية والنافعة التى انفقها المشتري ، فلا يجب على الشفع إيداعها . وجزاء
مخالفة الشفع لالتزامه بإيداع الثمن على هذا الوجه هو ، كما قدمنا ، سقوط
شفعته .

فعلينا إذن أن نبحث ، فى صدد إيداع الثمن ، المسائل الآتية : (١) تطور
التشريع فى شأن إيداع الثمن . (٢) وقت الإيداع ومكانه . (٣) ما الذى يجب
إيداعه : كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . (٤) إيداع كل الثمن ولو كان
مؤجلا أو لم يدفع المشتري إلا جزءا منه فقط . (٥) ملحقات الثمن . (٦) المصروفات
الضرورية والنافعة . (٧) جزاء مخالفة المشتري لالتزامه بإيداع الثمن .

٢١٠- تطور التشريع فى شأن إيداع الثمن : لم يكن قانون الشفعة السابق

واضحا وضوحا كافيا فى هذه المسألة ، فقد كانت المادة ١/١٤ منه تنص على
أنه « يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه
لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن
وملحقاته الواجب دفعها قانونا » . فعرض الثمن وملحقاته كان واجبا ،
فى قانون الشفعة السابق ، وقت إعلان طلب الشفعة . واختلف الفقهاء والقضاء ،
فى عهد هذا القانون ، فيما هو المقصود بالعرض . فذهب رأى إلى وجوب
العرض الحقيقى المقترن بالإيداع والمبرىء للذمة (١) ، ولكن الرأى الذى

(١) استئناف وطنى ٢٨ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٢٣ ص ٢٤٢ -

٢٤ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢١٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩١٢

المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢٢١ - ٢١ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٢ ص ٢٨ -

تغلب (١) ، وأخذت به محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة (٢) ، ومن بعدها محكمة النقض (٣) ، هو أن العرض الواجب هو العرض البسيط أى مجرد إظهار الشفع استعداده لدفع الثمن والملحقات في إعلان طلب الشفعة .

= ٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ - ٧ يناير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص ١١٥-١٨ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٦ ص ١٦٩ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ الحماية ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ - طنطا الكلية ٧ مايو سنة ١٩٠٤ الحقوق ١٩ ص ٩٨ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٩ الحماية ١ رقم ٢١ ص ١٣٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ الحماية ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ - الاسكندرية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ الحماية ١ رقم ٨٧ ص ٤٠٥ - حل زكي العرابي فقرة ٩٥ ص ٥٦ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٤٤ ص ٧٥٩ - ص ٧٦٤ .

(١) استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ - ١٥ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٤ - ٥ يناير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ ص ٢٩٥ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٣٧١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٥ ص ١٦٧ - استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣١ - ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٢٢٥ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٤ - ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٢٠٩ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٤ - أحمد فتحي زغلول ص ٩٣ - نيل هلتس فقط préemption فقرة ١٢٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢١ ص ٤١٦ مائش ١ .

(٢) استئناف وطني دوائر مجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ الحماية ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ . وانظر بعد ذلك استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحماية ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ - ٥ يناير سنة ١٩٣٧ الحماية ١٧ رقم ٤٤٢ ص ٨٧٨ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ الحماية ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨٠ ص ١٤٥ .

(٣) نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ ص ٥٣٣ - أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص ٥٦٨ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٣ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣ ص ٨٠ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ .

وكان يجوز للمحكمة أن تنقض الشفع بالشفعة في مقابل دفعه الثمن للمشتري في خلال مدة معينة . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم الصادر في دعوى الشفعة قد قضى للشفيع بالشفعة في مقابل دفعه الثمن للمشتري في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ النطق به، فإنه يكون قد دل بذلك على أنه جازل من هذا الدفع في الميعاد المقرر فيه شرطاً لاستحقاق الدين المشفوع فيها، بحيث إذا فرت الشفع هذا الأجل دون أن يقوم بالدفع بطلت شفعتها ، وذلك دون حاجة إلى حمل تنبيه عليه من المشتري بالدفع ، وسواء أكان الحكم القاضي بتحديد الأجل =

وفي أثناء إعداد مشروع التقنين المدني الجديد ، ذهبت لجنة الأستاذ كامل صدقي ، وهي اللجنة التي قامت بإعداد مشروع نصوص الشفعة ، بعدمناقشات طويلة^(١) ، إلى وجوب أن يودع الشفيع خزانة المحكمة مبلغاً يساوي على الأقل

ابتدائياً لم يتألف في المبدأ أم صادراً من محكمة استئنافية . ولا يشترط النص صراحة في منطوق الحكم على سقوط الحق في الشفعة جزاء على عدم دفع الثمن في المبدأ ، ولا يترتب على إغفال ذلك عدم إعمال مقتضى الحكم (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ - الحامدة ٢٣ رقم ٢٥٨ ص ٥٥٠) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ - مجموعة أحكام النقض ٤ رقم

١٦ ص ٩٥

(١) جاء في محضر جلسة ٢٨ يناير سنة ١٩٣٨ هذه : « أن أحد الأعضاء قال : إنه يرى عدم ضرورة عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً ، موجهاً النظر إلى ما يستتبعه العرض الحقيقي من خطر في الفروض التي يكون فيها المقار باعض الثمن أو أن لا يكون الثمن فيها قد دفع من المشتري أو التي يكون فيها مثقلاً بحقوق عينية ، إذ يحسن عدم إغفال الحالات التي يحتمل فيها إفسار المشروع ضده حتى لا يتعرض الشفيع لخطر الإفسار . وبسط أحد الأعضاء خلاصة ما انتهى إليه بحثه في موضوع العرض الحقيقي والإلزام متساوياً عما إذا كان هناك موجب للإلزام الشفيع بأن يقرن إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة بعرض الثمن وملحقاته عرضاً حقيقياً يتبعه بالإيداع إذا ما أبى المشتري الإذعان لطلب الشفعة ، إذ الواقع أن الشفيع إنما يستعمل حقه بنية سلب المشتري ثمرة عقده والحلول محله عن طريق الشفعة التي يرى أنه يحقق استمالها . فإذا اتخذ في سبيل تحقيق نية خطة الهجوم ، كانت عليه تبعه موقفه ، ولزمه تحمل نتائجه بالقيام مباشرة بعرض ثمن الشيء الذي يرى إلى تملكه عرضاً تستخلص منه دلالة العقد والجدي ويبنى مظنة المضاربة ونية الاتجار بحقه في الشفعة . فإذا اعتبرنا الشفيع مشترياً يفرض نفسه على البائع والمشتري الأصليين ويبني من وراء تدخله إتمام تصفقة لصالحه ، فنلزم أن يحزن قادراً على الوفاء بالتزامه كشرط مورياً . وإثبات هذه القدرة على الوفاء من الوجهة القانونية لا يكون إلا عن طريق عرض الثمن على المشتري الذي يحرم من ميزة عقده عرضاً حقيقياً ، وهو أنطع دليل على حسن نية ورغبته الجدية في الشراء . بيد أنه كثيراً ما يرفض المشتري المهدد باستعمال الشفعة العرض الذي يتقدم به الشفيع ، فهل يلزم الشفيع في هذه الحالة بإيداع المبلغ المعروض ؟ لقد فرق تقنين المرافعات الفرنسي في المواد ٨١٢ - ٨١٤ بين العرض الحقيقي وبين الإيداع ، فجعل كلا منهما إجراء يختلف عن الآخر . أما تقنين المرافعات المصري فقد جاء على عكس ذلك ، إذ خلط بينهما في نص واحد ، وجعل منهما إجراء موحداً مؤدياً لإبراء الذمة . . والواقع أن الشفيع لم يصبح بعد مديناً ملزماً بالوفاء لإبراء ذمته ، إنما يبرر دعواه حقيقة لمدني قائم بالفعل ، فطالما أنه لم يصبح مالكاً نهائياً لمقار المشروع فيه ولا مبرر لإلزامه بدفع ثمن المقار وملحقاته فوراً . فليس الأمر فيما يتعلق به موضوع عرض مبرر للذمة حتى يمكن إلزامه بها بإيداع الثمن ، بل إنه إغراب حاسم عز نية الأخذ بالشفعة . وادعوى الثمن وملحقاته إلا تؤكد الرغبة الجدية في ذلك ، ومن ثم فليس هناك التزام يتطلب

ثلث الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . وقدم المشروع التهديد على هذا الأساس إلى لجنة المراجعة ، ولكن هذه اللجنة عدلت النص ، إذ أوجبت أن يكون المبلغ الواجب إيداعه في خلال خمسة عشر يوماً من وقت إعلان طلب الشفعة هو كل الثمن الحقيقي لا ثلثه فقط . وفي لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب ، عدل عن فكرة إيداع الثمن إلى فكرة عرض الثمن عند إعلان عريضة دعوى الشفعة ، إذ كان من رأى هذه اللجنة أن « هذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى ، وهو لا يعطل في الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن » . ومن ثم عدلت اللجنة النص على الوجه الآتي : « ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مخصوصاً منه قيمة ما يكون العقار المشفوع فيه مثقلاً به من حقوق عينية » . والمشتري وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا عاد المال إلى الشفيع بعد هذا العرض الحقيقي . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . ولما عرض النص على لجنة مجلس الشيوخ ، رأت أن الأسلم هو إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إعلان طلب الشفعة ، لأن الإيداع يحفظ حقوق الدائنين المسجلين وحق البائع في باقي الثمن إذا لم يكن قد دفع له . ثم تقدم إلى اللجنة اقتراح بالعودة إلى عرض الثمن والاستغناء به عن الإيداع ، وبأنه إذا رأى ضرورة إيداع الثمن يكون الحكم بسقوط حق الشفعة في حالة عدم الإيداع جوازياً للقاضي . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح « لأنها المجهت إلى تقييد الشفعة للتوفيق بين رأى

عن الشفيع وفاء ، وبالتالي فلا مبرر لإلزامه بالإيداع » . ثم قال أحد الأعضاء « إنه يمكن الاستغناء عن إجراء العرض الحقيقي دون تفويت حق لأحد ، وذلك بإيداع جزء من الثمن خزانة المحكة » . إذ أن مثل هذا الإيداع كفيل بتحقيق كافة الضمانات اللازمة لإقصاء كل تدخل من هواة المضاربة ، كما أنه يقضي من جهة أخرى على ما قد يتعرض له الشفيع من أخطار قد تترتب على إجراء العرض الحقيقي » . وبعد تبادل الرأي تقدم أحد الأعضاء بالنص التالي . ويجب إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة على يد محضر ، ويجوز أن يقترن هذا الإعلان أو يتبع في خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ حصوله بإيداع الثمن وملحقاته خزانة المحكة الكائن في دائرتها العقار . فإذا لم يحصل هذا العرض أو إذا رفض ، وجب على الشفيع أن يودع خزانة المحكة المذكورة ، وقبل رفع دعوى الشفعة ، مبلغاً يساوي ثلث الثمن على الأقل ، وإلا كان العرض باطلاً . وبعد مناقشة وافقت اللجنة على هذا النص . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٣ - ص ٤١٩ في الخامس .

القائلين بالغاء هذا النظام ورأى القائلين بابقائه ، واشترط إيداع الثمن مظهر من مظاهر التقيد . ثم إن جعل الحكم بسقوط الحق في الشفعة جوازياً للقاضي عند عدم الإيداع لا يستجيب لما ينبغي في المعاملات من استقرار . على أن اللجنة رأت أن مدة الخمسة عشر يوماً التي يجب أن يتم فيها الإيداع قصيرة ، فجعلتها ثلاثين يوماً توخياً للتيسير ، وقررت تعديل النص على هذا الأساس . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لحيته ، وهو النص الذي استقر أخيراً في التقنين المدني الجديد (م ٢/٩٤٢ مدني سالف الذكر) (١) .

٢١١ - وقت إيداع الثمن ومكانه : تنفيذاً للمادة ٢/٩٤٢ مدني ، كما

رأينا (٢) ، بأن إيداع الثمن يجب أن يتم في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان طلب الشفعة ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ، ويجب أن يكون إيداعه في خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه وهي المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة .

فيصح إذن أن يكون إيداع الشفع للثمن عقب إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، أو عند إعلان هذه الرغبة فيضمن الإعلان بياناً بأنه أودع الثمن في خزانة المحكمة ويجوز أن يتراخى الإيداع إلى ما بعد ذلك ، ريثما يدبر الشفع المبلغ الواجب إيداعه . ولكن لا يجوز أن يتأخر الإيداع بحيث يتجاوز ثلاثين يوماً من وقت إعلان طلب الشفعة ، أي من وقت وصول الإعلان إلى كل من البائع والمشتري . ولا يحسب يوم وصول الإعلان ، فيسرى الميعاد في اليوم التالي ، وينقضي بانقضاء ثلاثين يوماً ابتداء من هذا اليوم ، فيجب أن يتم الإيداع في اليوم الثلاثين على الأكثر . فإذا صادف يوم عطلة ، امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل يلي انتهاء العطلة . وقد يصل إعلان طلب الشفعة إلى البائع وإلى المشتري في يومين مختلفين ، في حدود الخمسة عشر يوماً من يوم الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، فتكون العبرة بآخر هذين اليومين لا بأولهما ، لأن إعلان طلب الشفعة لا يتم إلا إذا وصل الإعلان إلى كل من البائع والمشتري . فإذا وصل الإعلان إلى المشتري في يوم معين ، ثم وصل الإعلان

(١) أنظر آنفاً ص ٦٤٩ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ .

إلى البائع بعد يومين مثلاً من اليوم الذى وصل فيه الإعلان إلى المشتري ، فان ميعاد الثلاثين يوماً يسرى من اليوم التالى لليوم الذى وصل فيه الإعلان إلى البائع (١) .

ويجب على كل حال أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة (٢) ، وسرى عند الكلام فى دعوى الشفعة أن هذه الدعوى يجب أن ترفع هى أيضاً فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان طلب الشفعة وإلا سقط الحق فيها . ويستطيع الشفيع بطبيعة الحال أن يودع الثمن خزانة المحكمة قبل انقضاء الثلاثين يوماً بوقت كاف يمكنه من أن يرفع دعوى الشفعة فى الميعاد ، وبذلك لا يسقط حقه لا من ناحية التأخر فى الإيداع ولا من ناحية التأخر فى رفع دعوى الشفعة ، وهذا هو الأفضل ، أما إذا تأخر فى الإيداع إلى اليوم الثلاثين ، فإنه يستطيع أن يجد مخرجاً له من سقوط حقه . فهو إذا أودع الثمن فى اليوم الثلاثين ، لم يكن متأخراً فى الإيداع ولم يسقط حقه من هذه الناحية . ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يقدم صحيفة دعوى الشفعة إلى قلم المحضرين فى نفس اليوم ، ويعتبر تقديم صحيفة الدعوى قاطعاً لمدة السقوط . ومن ثم لا يعتبر متأخراً فى رفع

(١) نقض مدنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٣ .
(٢) ولا يشترط أن يحصل الإيداع فى اليوم السابق لرفع الدعوى ، بل يجوز أن يحصل فى نفس اليوم الذى رفعت الدعوى فيه ، مادام قد حصل قبل رفع الدعوى . وقد قضت محكمة النقض ، قبل صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات ، بأن المشرع قد هدف من حصول الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية فى طلب الشفعة ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيماً بين الإيداع ورفع الدعوى ، فاشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق هو قيد آخر لا يحمله النص ولا يتفق مع فكرة التيسير فى الميعاد التى أخذ بها الشارع . أما التحدى بالمادة ٢٠ مرافعات فردود بأن القانون قد شرط ميعادين ، أحدهما يحدد بالأيام له بدايته ونهايته ، والثانى غير محدد بالأيام وإنما بفواصل زمنية غير محددة وهو مجرد الانسبعية أو التقبيلية على رفع الدعوى فلا محل معه لإعمال حكم تلك المادة . لما كان ذلك ، وكان ثابت أن الإيداع قد سبق رفع الدعوى التى أعلنت للمعلن عليهم قبل مضى الثلاثين يوماً من إعلان الرغبة بدليل الإشارة فى عريضتها إلى رقم قسمة الإيداع ، فإن شروط المادة ٢/٩٤٢ مدنى تكون قد توفرت (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٦ ص ٦١٩) .
وسرى أيضاً نقض مدنى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢١٣ ص ١٥٣٠ .

دعوى الشفعة في خلال الثلاثين يوماً بعد أن قطع تقديم صحيفة الدعوى مدة السقوط ، ويعتبر في الوقت ذاته قد أودع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة . وتنص المادة ٧٥ مرافعات ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، في هذا المعنى على ما يأتي : « وتعتبر الدعوى قادمة لمدة التقادم أو السقوط من يوم تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، أما باقي الآثار التي تترتب على رفع الدعوى فلا تسمى لإلزام وقت إعلان المدعى عليها بصحة صحيفة . ومنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في رفع دعوى الشفعة (١) .

وبخلاص مما قدمناه أن توقيت إجراءات الشفعة يجري في الغالب على الوجه الآتي : : يبدأ المشتري بعقب شرائه العقار المشفوع فيه ، بالإنذار الشفيع إنذاراً رسمياً بوقوع البيع . وفي خلال خمسة عشر يوماً من هذا الإنذار ، يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري . وفي خلال ثلاثين يوماً من إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، يودع الشفيع الثمن في خزانة المحكمة ، ويرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري (٢) .

٢١٢- ما الرى يجب إبراءه - كل التهم الحقيقية الرى حصل به البيع :

والذى يجب على الشفيع إبداءه خزانة المحكمة في الميعاد المتقدم الذكر هو ، كما تقول المادة ٩٤٢ مدنى ، « كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع » . والأصل أن الثمن المذكور في عقد البيع يفترض أنه هو الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، إلا إذا ثبت عكس ذلك .

(١) أنظر مايل فقرة ٢٢٠ .

(٢) ويسبق قيد الدعوى رفعها طبقاً للمادة ٧٥ مرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، على الوجه الذى سنبينه فيما يلى (أنظر فقرة ٢٢٠) . أما قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، فقد كان قيد الدعوى يلى رفعها ، وكان الواجب هو إيداع الثمن قبل رفع الدعوى لا قبل قيدها . فالإيداع الذى يقع بعد رفع الدعوى يكون إيداعاً غير صحيح ، ولو وقع قبل قيد الدعوى . وقد قضت محكمة النقض بأن كلا من رفع الدعوى وقيدها إجراء يختلف عن الآخر ، ومن ثم لا يكون هناك مع رضح النص مجال للخلط بين هذين الإجراءين . ويكون القول بأن القانون ، إذ شرط في المادة ٩٤٢ مدنى لقبول دعوى الشفعة وجوب إيداع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى إنما قصد إلى أن يتم الإيداع قبل قيدها قول غير صحيح في القانون (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٦ ص ٢٩١) .

ومن ثم يجب على الشفيع ، في الأصل . أن يودع خزانة المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع . ويستطيع العلم به إما من الإنذار الرسمي الذي وجهه إليه البائع أو المشتري بوقوع البيع ويشتمل فيما يشتمل عليه من بيانات ذكر الثمن الذي حصل به البيع (١) ، أو من البحث في سجلات الشهر العقاري إذا لم يصله إنذار رسمي وكان البيع قد سجل فيكشف عن الثمن المذكور في العقد من واقع التسجيل . فإذا ما أودع الثمن (٢) المذكور في عقد البيع ، كان إجراء الإيداع سليماً لا مطعن عليه . وله بعد ذلك أن يثبت ، بجميع طرق الإثبات ، أن هذا الثمن المذكور في عقد البيع هو أكبر من الثمن الحقيقي ، وقد ذكر في العقد مبالغاً فيه على هذا النحو لتعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة أو لإلزامه بدفع مبلغ يزيد على الثمن الحقيقي فيربح المشتري من وراء ذلك ، وهذا ما يحدث كثيراً في العمل (٣) . فإذا ما أثبت الشفيع مقدار الثمن الحقيقي . استرد مما أودعه خزانة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٤ .

(٢) ويجب أن يكون الشفيع مالكا للمال الذي يودعه ، فإذا كان لراهب عقار يملكه قبل دخوله سلك الرهبنة ، لم يستطع بعد دخوله هذا السلك أن يشفع بهذا العقار إذا كان المبلغ الذي يودعه خزانة المحكمة ليس من ماله الخاص بل من مال البيعة التي يتبعها . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المناط في أحقية الراهب في المطالبة بالشفعة يتحدد ، لا بما إذا كانت العين التي يشفع بها مملوكة ملكية خاصة فحسب ، بل بما إذا كان المبلغ الذي أودعه ثمنًا للعقار المشفوع فيه من ماله الخاص أيضاً . فإذا كان الراهب قد اقتصر على التمسك أمام محكمة الموضوع بأن العين التي يشفع بها مملوكة له ملكية خاصة . ولم يدع أن ثمن العقار المشفوع فيه الذي أودعه خزانة المحكمة هو من ماله الخاص ، وكان ما قرره الراهب من أن العين المشفوع بها هي من ماله الخاص لا يدل بذاته على أن الثمن الذي أودعه يخرج عن مال البيعة ، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاؤه بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة على أن ما يملكه الراهب من مال بعد انخراطه في سلك الرهبنة يعتبر ملكاً للبيعة التي يتبعها ، وعلى أن الراهب رفع دعوى الشفعة لحسابه الخاص لا بوصفه مثلاً للكنيسة . فإن هذا الذي قرره الحكم يكون صحيحاً في القانون (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز لشفيع أن يثبت بجميع الطرق . بما فيها الشرائع ، أن الثمن الوارد في عقد البيع ليس هو الثمن الحقيقي للعين المشفوع فيها ، بل هو ثمن مسوري توافقاً عليه البائع والمشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة . ولكن إذا توافر لدى القاضي الدليل على صحة الثمن المنسب في العقد كان له رفض طلب الإحالة على التحقيق . كما إذا قامت لدى المحكمة قرينة تؤيد صحة الثمن وهي شراء نفس الشيء بشفيع أحياناً في نفس الخرج وفي تواريخ قريبة من تاريخ عقد الشفعة بأنه لا تربية من الثمن المنسب في هذا العقد (نقض مدني ٢٨ -

المحكمة مقدار الزيادة . كذلك يستطيع البائع أو المشتري . في رأينا ، أن يثبت بالطرق الجائزة في الإثبات فيما بين البائع والمشتري أن الثمن المذكور في العقد

= مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٣ ص ١٠٩٩ . رفقت محكمة النفس أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أخذت المشفوع ضده في خصوص ثمن الصفقة المشفوع فيها بدليل صالح للأخذ به قانوناً ، وهو عقد البيع الابتدائي الموقع عليه منها ، ولم تعتمد بما أبدياه من تعليل لرفع الثمن في العقد النهائي لما ساقته في هذا الخصوص من أسباب ساقطة ، فلا وجه للتمسك على حكمها بأنها لم تعمل الدعوى على التحقيق لتحرى حقيقة الثمن . ذلك بأن لما في هذا الشأن سلطة تقدير إجابة هذا الطلب أو رفضه تبعاً لما يترأى لها من عناصر الدعوى (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣ - ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٦ ص ٣٠٣) . وانظر استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ - ١٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ - ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٦ - ١٧ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ - استئناف مصر ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ٦٨ ص ٢٣٣ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٢٤ .

ولأنما المحكمة بتحقيق ادعاء الشفع إلا إذا وجدت في الدعوى قرائن تشير بصحة ، حتى لا يكون المشتري معرضاً لنزع ملكية العقار الذي اشتراه بشئ أثبت من الثمن المذكور في العقد بمجرد شهادة بعض الشهود (استئناف وطني ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ - استئناف مختلف ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠٤ - ١٩ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٣١٠ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٠٠) . وذلك كأن تتأكد المحكمة من مستندات أو من خير أن العقار لا يساوي الثمن المذكور في العقد ، ولا توجد أسباب خاصة تحمل المشتري على شرائه بأكثر من قيمته . وللمحكمة أن تحث المشتري اليقين المتصلة على أنه اشترى حقيقة بالمبلغ الوارد في العقد (استئناف وطني ٧ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥) . ولا يقبل القاضي إثباتاً لصورية الثمن إلا القرائن القوية التي لا تدع مجالاً للشك في صحة ما يدعيه الشفع (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - استئناف مختلف ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٢) . والشفيع هو الذي يحمل عبء إثبات صورية الثمن ، فلا يقبل منه دفع كلى الثمن الوارد في العقد مشروطاً أن يثبت المشتري جديته (استئناف مختلف ١٩ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٣١٠) .

وإذا أحالت المحكمة القضية على التحقيق ، وجب البحث ، لاعن قيمة العقار . بل عن الثمن المدفوع ، وسياق الدليل الذي استند إليه الحكم في قضائه بهذا الثمن (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥١ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٢) .

هو أقل من الثمن الحقيقي (١) ، وقد ذكر في العقد ناقصا لتحقيق غرض معين ولو كان غرضا غير مشروع كالهرب من دفع رسوم التسجيل كاملة . فإذا ما ثبت الثمن الحقيقي ، وأن الثمن الذي أودعه الشفيع خزانة المحكمة هو أقل منه ، كان الإيداع مع ذلك إجراء صحيحا لأن الشفيع يكون معذورا إذا هو لم يعلم بالثمن الحقيقي واعتمد على ما هو مذكور في العقد أنه هو الثمن ، ولكنه يلزم بدفع الفرق بين الثمن الحقيقي وبين ما أودعه فعلا خزانة المحكمة (٢) . على أن هذا الرأي ليس هو الرأي الذي تأخذ به محكمة النقض وفريق من الفقهاء ، فهو لا يذهبون إلى أن الشفيع يعتبر من الغير في عقد البيع المشفوع فيه ، فإذا كان هذا العقد صوريا ربي في جزء منه كالتسليم ، فهو للشفيع إذا كان - من النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ، وعلى ذلك ، يلزم إلا بدفع الثمن المذكور في العقد إذا كان هذا الثمن صوريا وكان أقل من الثمن الحقيقي ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (٣) .

هذا كله إذا أودع الشفيع خزانة المحكمة الثمن المذكور في العقد ، وهو ما يجدر به أن يفعله حتى يطمئن اطمئنانا تاما إلى أن إجراء الإيداع قد تم صحيحا لا مطعن عليه كما سبق القول . ولكن يقع في بعض الأحيان أن يكون الثمن المذكور في العقد مبالغ فيه مبالغة شديدة بقصد إرهاب الشفيع بالزامه بإيداع ثمن أكبر من الثمن الحقيقي . فهل يستطيع الشفيع في هذه الحالة أن يقتصر على إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي ؟ إن ما تتطلبه المادة ٩٤٢ / ٢ من قانون أيداع « كل ثمن حقيقي » ، فإذا عرف الشفيع هذا الثمن ، وكان أقل من الثمن المذكور في عقد البيع ، فهو لا يلزم إلا بإيداع الثمن الحقيقي دون الثمن المذكور في العقد ، ويكون الإيداع صحيحا في هذه الحالة . ولكنه هو الذي يقرر سبب إثبات أن ما أودعه خزانة المحكمة هو الثمن الحقيقي ، ويستطيع أن يثبت ذلك

(١) وعلى العكس من ذلك نصت المادة ٢٥١ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أنه «إذا وقع خلاف على مقدار ثمن المشفوع بين المشتري ومالك حق الشفعة ، فتعين المحكمة الثمن الحقيقي بصرف النظر عن قيمة المشفوع . ولا يرد الادعاء من المشتري بأن هذا الثمن يزيد عن الثمن المذكور في العقد المذيل » .

(٢) انظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٣٩ وفترة ٢٦٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٧٠ والأحكام المشار إليها في الفاش .

بجميع طرق الإثبات (١) . فإذا ما أثبت أن المبلغ الذي أودعه لا يقل عن الثمن الحقيقي ، سواء كان معادلاً له أو كان أكبر منه . فإن الإيداع يكون صحيحاً كما قدمنا ؛ حتى لو كان هذا المبلغ أقل من الثمن المذكور في العقد ، وله أن يسترد الفرق فيما إذا أودع مبلغاً أكبر من الثمن الحقيقي . أما إذا لم يستطع إثبات ذلك . أو ثبت أن الثمن الحقيقي هو أقل من الثمن المذكور في العقد ولكنه أكبر من المبلغ الذي أودعه خزائن المحكمة ؛ فإنه لا يكون قد أودع « كل الثمن الحقيقي » . فيكون الإيداع غير صحيح ، حتى لو ذكر عند الإيداع أنه مستعد لإكمال المبلغ المودع إلى مقدار الثمن الحقيقي فيما لو ظهر أن المبلغ المودع أقل ، ومن ثم تسقط شفاعته (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأن الشفع إذا وجه يمين الحزمة إلى كل من المشتري والبائع على صحة الثمن المذكور في العقد ، وحلف المشتري ، وتخلت يمين عن الخضوع لحلف اليمين ، فإن تخلّفه لا يضار به المشتري ، وتكفي يمين المشتري إذ هو ذو مصلحة أكبر في إثبات أن الثمن المذكور في العقد هو الثمن الصحيح (استئناف مخطوط ؛ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدني توجب على الشفع أن يودع في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة خزائن المحكمة الكائن في دائرتها المقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . وبرتيت على عدم إتمام الإيداع في الميعاد المذكور وعلى الوجه المتقدم سقوط الحق في الشفعة ، كان مفاد هذا أن الإيداع الكامل وفي الميعاد المذكور أصبح شرطاً أساسياً لقبول طلب الشفعة وإجراء جوهرياً من إجراءاتها ، ولا تعتبر الدعوى قائمة في نظر القانون إلا بتحقيق حصوله . فإذا كان الثابت في الدعوى أن الشفعة قد بادرت برفع دعواها بناء على علم نقض دون انتظار لإنذار رسمي من جانب البائع أو المشتري ، وأودعت ماضته الثمن الحقيقي ثم ظهر أنه على خلافه ، كانت بذلك مجازفة وعليها خطرهما ، وتكون بهذا الإيداع الناقص قد عرفت حقها في الأخذ بالشفعة للسقوط (نقض مدني ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام استئناف رقم ٨٧ ص ٦٥٧) . وانظر أيضاً نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ١٨٨ - أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ٢٠١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر رقم ٥٠٨ ص ٧٥٦ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ المجموعة ٣٠ رقم ٥٢٦ ص ١٢٠٧ - ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ١٥٣ ص ٦١٥ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض رقم ١٤٤ ص ١٠١١ - استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ -

وغنى عن البيان أنه إذا رفعت دعوى الشفعة فى الوقت الذى كان قانون الشفعة السابق معمولاً به . فإن الشفع لم يكن فى حاجة وقتذاك إلى إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى ، بل كان يكفيه أن يعرض الثمن وملحقاته عرضاً بسيطاً فى إعلان طلب الشفعة (١) . فإذا فعل ذلك ، ثم صدر التقنين المدنى الجديد ، فإن المادة ٢/٩٤٢ من هذا التقنين لا تسرى فى حقه إذ ليس لها أثر رجعى . ومن ثم يعتبر العرض البسيط الذى صدر منه إجراء قد تم صحيحاً طبقاً لأحكام قانون معمول به . فلا يلتزم بعد صدور التقنين المدنى الجديد بإيداع الثمن خزانة المحكمة ، حتى لو كانت دعوى الشفعة لم يفصل فيها وقت صدور هذا التقنين . وقد نصت المادة ١٠٢ مرافعات على أن « كل إجراء من

٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ - قنا الكلية ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٠ - انعامات ٣١ رقم ٢٩٢ ص ٩٩٩ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ - انعامات ٣١ رقم ٢٩٣ ص ٩٩٩ - شين الكوم ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ - انعامات ٣٢ رقم ٢٤٣ ص ٩٥٦ - استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٣ ص ٤٢٤ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٩ ص ٥٠٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٥٤ - إسماعيل غانم ص ٨٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٠ ص ٤٨٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٨ - ص ٣٤٩ - حسن كيرة . ص ٢٠ .

وقانون استئناف وطنى ١٣ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٨ ص ٩١ - ٧ يناير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص ١١٥ .

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأنه إذا أعلن الشفع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، وعين الثمن الذى أسس عليه هذه الرغبة قائلاً إن هذا المبلغ هو الذى دلت تحريراته على أنه الثمن الحقيقى وهو قيمة ما تساويه العين المبيعة فى نظره ، فإن العرض فى هذه الحالة يكون مقيداً بالثمن المذكور . فإذا تبين أن هذا الثمن دون الثمن الحقيقى الذى ثبت لدى محكمة الاستئناف فإن هذا العرض يكون ناقصاً نقصاً لا يعزى عنه أن يكون الشفع قد وصف الثمن الذى عينه بأنه الثمن الحقيقى ، لأن طلب الشفعة على أساس ثمن معين لا يفيد بذاته استعداد الطالب للأخذ بشمن أعلى (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٠) . ولكن إذا كان المبلغ الذى عرفه الشفع أقل من الثمن الذى انمقد به البيع ، فإن العرض يكون مع ذلك صحيحاً إذا أظهر الشفع استعداده للدفع ما يظهر أنه الثمن الحقيقى مع كافة المصروفات الرسمية (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٩ - ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٤٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٤٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٤٩) .

لإجراءات المرافعات ثم صحيحاً في ظل قانون معمر به بنى صحيحاً ، مالم ينص على غير ذلك » . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى للشفيع بالشفعة ، قد قرر أن عرض الثمن عرضاً حقيقياً وإيداعه خزانة المحكمة ليس لازماً لصحة الشفعة ، بل يكفي العرض البسيط للثمن الذي يراه الشفيع حقيقياً ، ولا محل للتمسك بالمادة ٩٤٢ من القانون المدني الجديد إذ أن دعوى الشفعة قد رفعت قبل العمل بهذا القانون ولا أثر له على الماضي ، فإن هذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه (١) . وقضت أيضاً بأن الإيداع في حكم القانون الجديد شرط لقبول الدعوى . ولما كانت الدعوى قد رفعت صحيحة وفقاً لقانون الشفعة القديم ، فلا يسرى عليها نص المادة ٩٤٢ من القانون المدني الجديد ، سواء اعتبر هذا الشرط متعلقاً بالإجراءات أو متصلاً بموضوع الحق (٢) .

٢١٣ - إيداع كل انتمه ولو كان مؤجلاً أو لم يرفع المشتري الإجزاء

منه فقط : تقضى المادة ٢/٩٤٥ مدني . كما سنرى (٣) ، بأن الشفيع لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع . فإذا اتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن مؤجلاً أو مقسطاً ، فإن الشفيع لا يستفيد من هذا التأجيل أو التقسيط الذي راعى فيه البائع اعتبارات خاصة بالمشتري ، بل يجب عليه إيداع الثمن كله قبل رفع دعوى الشفعة . فإذا أراد الشفيع أن يستفيد من التأجيل أو التقسيط ، وجب عليه الحصول على رضا البائع بذلك ، بعد ثبوت حقه في الشفعة .

(١) نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة الكتب التي لأحكام النقض في ٢٥ علماً جزء أول من ٧٣٤ رقم ١٤٧ .

(٢) نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض د رقم ٧٠ من ٤٦٧ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ه رقم ١٣١ من ٨٦٧ - وانظر محمد بن عرفة ٢ فقرة ٣٠١ - وقارن اقتضات المصودة ١٢ مايو سنة ١٩٥٣ العامة ٣٤ رقم ١٥ من ١٠٦ .

(٣) أنظر سليل فقرة ٢٣٨ .

فواضح إذن أن الشفع ، في حالة ما إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً بالنسبة إلى المشتري ، يجب عليه إيداع كل الثمن في الميعاد القانوني ، حتى لو كان المشتري لم يدفع للبائع شيئاً من الثمن في حالة التأجيل ، أو دفع جزءاً منه فقط في حالة التقسيط . فالشفع ملزم في الحالتين ، كما قدمنا ، بدفع كل الثمن فوراً للبائع ، فيجب عليه إذن إيداع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد الذي عينه القانون . وحتى لو حصل الشفع مقدماً على رضا البائع بالتأجيل أو بالتقسيط ، فأصبح غير ملزم بدفع كل الثمن فوراً للبائع ، فإنه يتعين عليه ، من ناحية الإيداع كإجراء ضروري من إجراءات الشفعة ، أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد الذي عينه القانون . ذلك أن المادة ٢/٩٤٢ مدني ، وهي تتكلم عن الإيداع ، يختلف نطاق تطبيقها عن نطاق تطبيق المادة ٢/٩٩٤٥ مدني الخاصة بميعاد وفاء الشفع بالثمن للبائع . فالنص الأخير مقصور على العلاقة ما بين الشفع والبائع بعد أن يثبت حق الشفع في الشفعة ، فيجيز للبائع بالنسبة إلى الشفع أن يؤجل الثمن أو يقسطه كما أجله أو قسطه بالنسبة إلى المشتري . أما النص الأول فخاص بإجراء ضروري من إجراءات الشفعة لا بد من القيام به وإلا سقط حق الشفع ، وهو إيداع الثمن . وقد جاء النص عاماً مطلقاً ، وأوجب على الشفع في جميع الأحوال أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد القانوني . على أن المقصود بالزام الشفع بإيداع كل الثمن خزانة المحكمة ، ليس فحسب مراعاة مصلحة البائع حتى يقال إن هذا الالتزام يسقط برضائه ، بل أيضاً لأن إيداع الثمن ، كما جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، مظهر من مظاهر تقييد الشفعة للتوفيق بين رأي القائلين بالغائها ورأي القائلين بابقائها . فاذا أودع الشفع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد القانوني على الوجه الذي يتطلبه القانون ، فقد قام بالإجراء الواجب حتى يثبت حقه في الشفعة . وعند ذلك يستطيع الشفع أن يلزم البائع بما اتفق عليه معه ، فيسحب الثمن كله أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع ، ثم يسدده له في الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها (١)

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه الشارع ، إذ أوجب في الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدني أن يودع ، في غزل ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ، خزانة المحكمة الكائن في دائرتها المقار كل الثمن الحقيقي الذي

٢١٤ - ملحقات الثمن : رأينا فيما تقدم أن الشفيع يجب عليه أن يودع كل

الثن خزانة المحكمة . فهل يجب عليه أيضا أن يودع مع الثمن ملحقاته ؟ وملحقات الثمن قد تكون رسمية كرسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله ورسوم استخراج الشهادات العقارية ، وقد تكون غير رسمية كالسمسة وأنعاب الحمامة ومصرفات معاينة العقار المشفوع فيه .

لم نذكر المادة ٢/٩٤٢ مدني ، في شأن الإيداع ، إلا إيداع « كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع » . فلم نذكر ملحقات الثمن ، ولو أراد الشارع أن تودع ملحقات الثمن ، رسمية أو غير رسمية ، لما فاته ذكر ذلك . فقد ذكر ، في شأن البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإنذار الرسمي بوقوع البيع الموجه من البائع أو المشتري للشفيع (٩٠ مدني) ، أن من هذه البيانات « بيان الثمن والمصرفات الرسمية » ، فلم يغفل المصرفات ، بل لم يغفل تحديد نوعها . فلو أراد أن يودع مع الثمن ملحقاته ، لما أغفل ذكر الملحقات ، ولنص عليها

« حصل به البيع » ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قب رفع الدعوى بالشفعة ، وإذا رتب على عدم إتمام الإيداع في الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة ، فقد دل بذلك على أن إيداع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد المذكور وعلى الوجه السابق بيانه هو شرط لقبول دعوى الشفعة . فلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون لأنه فضلا عن أن هذا الإعفاء مخالف لصريح النص ، فإن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده ، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضه عند ما يثبت حق الشفعة بحكم نهائي ، سواء أكان صاحب هذا الحق هو المشتري الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع أم هو البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه . ولإنعاض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة ، وبين ما نص عليه في المادة ٩٤٥ من أنه لاحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع . ذلك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة أي بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة رضاء أو قضاء ، ويصبح الثمن من حق البائع وحده ، فيكون له في هذه الحالة أن يمنح الشفيع في الوفاء به الأجل الممنوح للمشتري . ومن ثم لا يجوز ، استناداً إلى هذا النص ، تحويل البائع حق الإعفاء من شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٥ ص ٣٥٦) . وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٠ وفقرة ٣١٨ ص ٥٣٩ - ص ٥٤٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٩٨ - وقارن شين الكوم الكلية أول يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٣ رقم ٤٨٢ ص ١١٠٦ .

نصاً صريحاً كما فعل في البيانات الواجب ذكرها في الإنذار الرسمي. وقد اكتفى المشرع بإيداع كل الثمن دون إيداع الملحقات ، إذ قد لا يتيسر حساب الملحقات على وجه التحقيق لأول وهلة وبخاصة غير الرسمية منها . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٢/٩٤٢ مدنى يكتفى بإيداع « ثلث الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع » ، فرفع ثلث الثمن إلى كل الثمن في المراحل التالية . وهذا يدل على أنه لم يكن المقصود أن يودع الشفيع خزانة المحكمة كل ما يستحق في ذمته لقاء الأخذ بالشفعة ، بل يودع مبلغاً يكفى للدلالة على جدية طلبه وعلى أنه لا يقصد المساومة والمضاربة بطلبه الشفعة (١) . وإذا كان المشرع قد أوجب إيداع « كل الثمن » ، فليس المقصود من هذا التعبير أن يتضمن الثمن ملحقاته ، وإنما أريد أن يشمل الإيداع « كل » الثمن بعد أن كان لا يشمل في المشروع التمهيدى إلا « ثلثه » كما سبق القول . فالشفيع إذن لا يلتزم بإيداع ملحقات الثمن ، وتكون هذه محل مطالبة من المشتري للشفيع في أثناء نظر دعوى الشفعة ، وعلى المشتري أن يقدم ما يثبت مفردات هذه الملحقات وأنه صرفها جميعاً حتى يقضى له بها على الشفيع .

وهذا هو الرأى الذى استقر عليه الفقه في مصر (٢) ، كما أخذت به محكمة النقض بعد أن كانت قد قضت بعكسه (٣) . فقد انتهت محكمة النقض في قضائها الأخير إلى أن تقرر أن الشارع تعمد في القانون الجديد إغفال ملحقات

(١) أنظر آنفاً ص ٦٤٩ هامش ١ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٩ ص ٥٠٥ - ٥٠٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٥٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٩ - ص ٣٥٠ - وانظر عكس ذلك وأنه يجب إيداع المنحقات مع الثمن محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٦ .

(٣) إذ كانت قد قضت بأنه متى كان الحكم قد قرر ، لأسبابه السائفة التى تتفق مع شروط البيع ، أن الشفيع إذا لم يتم بإيداع الملحقات مع ثمن العقار المشفوع فيه لم يكن قد وصل إلى علمه شيء عن هذه المنحقات ولا عن مقدارها ، فإن هذا الذى قرره الحكم يكون صحيحاً في القانون ، ويكون للشفيع عذره في عدم إيداع الملحقات مع الثمن (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) . ويستخلص من هذا الحكم أن الشفيع ، إذا كان قد وصل إلى علمه مقدار المنحقات ، فإنه يجب عليه إيداعها مع الثمن . وانظر أيضاً في هذا المعنى سواهج الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٤ رقم ٣٤ ص ٢٩ . وقد عدلت محكمة النقض عن قضائها هذا إلى عكسه فقضت ، كما نرى في المتن ، بأن الشفيع لا يلتزم بإيداع الملحقات مع الثمن .

التمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع التمن الحقيقي فحسب ، مما يتعين معه إعمال هذا القيد في أضييق الحدود . فلا ينسحب إلى ملحقات التمن التي لم يرد بها تكليف في القانون . ويؤيد هذا النظر أن المشرع في التقنين الجديد لم يكن يغيب عنه أمر الملحقات . فأورد ذكرها في المادة ٩٤٠ مدني التي حددت البيانات التي يشتمل عليها الإنذار الرسمي الذي يوجه إلى الشفيع لإعلانه بالبيع . ومنها بيان التمن والمصروفات الرسمية . ولما أراد الشارع أن يقرر القاعدة التي انتهجها في التقنين الجديد في خصوص الإيداع . نص في المادة ٩٤٢ التالية على ما يجب إيداعه . فذكر التمن وحده دون الملحقات . مما يقطع في الدلالة على أنه لا يوجب إيداع ملحقات التمن (١) .

٢١٥ - المصروفات « روية والنافعة والتعويض عنه البناء

والغراس : وسرى أن الشفيع يجب أن يرد للمشتري ما أنفق على العقار المشفوع فيه من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة . وذلك طبقاً للقواعد التي قررها القانون في شأن هذه المصروفات . كذلك يجب عليه أن يعرض المشتري لما أحدثه هذا في العقار المشفوع فيه من بناء وغراس ، وهذا طبقاً لقواعد خاصة بالشفعة قررها القانون في المادة ٩٤٦ مدني ، وسيجيء بيانها تفصيلاً فيما يلي .

وإذا كان الشفيع غير ملزم بإيداع ملحقات التمن خزائن المحكمة مع التمن . فهو من باب أولى غير ملزم بإيداع ما يستحق في ذمته للمشتري بسبب المصروفات الضرورية والنافعة وبسبب البناء والغراس ، لنفس الاعتبار التي قدمناها في ملحقات التمن ويكون ما يستحق في ذمته بسبب كل ذلك موضوع مطالبة

= وكانت محكمة النقض تقضي ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأن عرض ملحقات التمن لا يكون واجباً على الشفيع إلا إذا كان عالمًا بوجودها ، فإن حقه في الشفعة لا يسقط إلا بإثبات هذا العلم وإغفاله إبداء الرغبة في الالتزام بها (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٣ - ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٧٢ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٠١٦) .

(١) نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤١ ص ٢٧٨ .

خاصة يتقدم بها المشتري في دعوى الشفعة ، ويقضى له بها على الشفيع إذا هو أثبتها طبقاً للقواعد المقررة قانوناً (١) .

٢١٦- الجزاء المترتب على عدم إيداع الثمن في الميعاد القانوني : رأينا (٢)

أن المادة ٩٤٢/٢ مدني ، بعد أن قررت وجوب إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه في ميعاد معين حددته ، نصت في آخرها على ما يأتي : « فان لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم ، سقط حق الأخذ بالشفعة » . فالنص صريح إذن في أن جزاء إخلال الشفيع بالتزامه من إيداع كل الثمن الحقيقي خزانة المحكمة في الميعاد القانوني هو سقوط حقه في الشفعة .

ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب في أية حالة كانت عليها الدعوى ، بل إن للمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها . وقد قدمنا أن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها هو من النظام العام ، فللمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى ، وحتى لو نزل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط (٣) . وقد قضت محكمة النقض ، في خصوص إيداع الثمن ، بأن للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا لم يتم بإيداع الثمن في الميعاد المحدد في المادة ٩٤٢ مدني (٤) .

وما دام يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع لعدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد ، فانه يترتب على ذلك أنه يجوز إيداع الدفع بسقوط الشفعة لهذا السبب لأول مرة ، لا فحسب أمام محكمة الاستئناف ، بل أيضاً أمام محكمة النقض .

(١) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٤٤ هامش ٢ .

(٤) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٥ ص ٣٥٦ .

٢٨ - رفع دعوى الشفعة ومردود حكم بقبول الحق فيها

٢١٧ - نفس قانوني : تنص المادة ٩٤٣ مدني على ما يأتي :

« ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار ، وتفيد بالحدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ويحكم في الدعوى على وجه السرعة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :-

« ١ - ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار . وتفيد بالحدول في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ٢ - ويحكم فيها دائماً على وجه الاستعجال » . وفي بنية الشريعة أدخل تعديل لفظي على النص يجعل معناه أوضح . فبحر على الوجه الآتي : « ١ - ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار . وتفيد بالحدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ٢ - ويحكم في الدعوى على وجه الاستعجال » . وافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٦ في المشروع النهائي . وفي بنية الشريعة التشريعية ، أدخل تعديل على النص يقضي بصرف النظر عن إيداع الثمن خزانة المحكمة والاستعانة عن الإيداع بعرض الثمن عرضاً حقيقياً لضمان جدية الدعوى . ولا يعقب هذا العرض إيداع حتى لا يشغل المال عن الاستغلال ، فالمشتري وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا أعاد المال إلى الشفيع . بعد هذا العرض الحقيقي . ورات اللجنة أن يكون هذا العرض عند إعلان عريضة الدعوى لاستدعاء إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، حتى يتسع الوقت للتفكير في تدبير المبلغ وفي الكشف عن العقار المشفوع فيه لمعرفة ما إذا كانت هناك حقوق عينية تثقله فتضخم من الثمن الذي يدفعه الشفيع . وعلى ذلك عدلت اللجنة النص على الوجه الآتي : « ١ - ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار ، وتفيد بالحدول . ويجب أن تكون عريضة دعوى مسسوبة بالثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مخصوصة منه نسبة - قد يكون مقدار المشفوع فيه مثلاً به من حقوق عينية . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق في الدعوى . ٢ - ويحكم في الدعوى على وجه الاستعجال » . ووافق مجلس النواب على هذا النص تحت رقم ١٠١٣ (أنظر سابق بيانه أنقاص ٦٤٩ هامش ١) . وفي بنية مجلس الشيوخ ، تقرر الرجوع إلى فكرة إيداع الثمن بدلاً من عرضه عند إعلان عريضة الدعوى الشفعة - وعلى ذلك وافقت اللجنة على النص كما ورد في المشروع النهائي لا كما ورد من مجلس النواب ، مع إدماج الفقرة الثانية في الفقرة الأولى ، واستبدال عبارة « على وجه السرعة » بعبارة « على وجه الاستعجال » تمشياً مع تعبير تقنين المرافعات - فأصبح النص ، تحت رقم ٩٤٣ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بخته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٥ - ص ٤٢٩) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ١٥ و ١٦ (١) .
 ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
 لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي
 م ١١٣٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٧ وم ٢٤٨ (٢) .
 والنص سالف الذكر يقتضي بحث المسائل الآتية : (١) الحصوم في دعوى
 الشفعة . (٢) المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة . (٣) رفع دعوى الشفعة وقيدھا
 في ميعاد معين . (٤) الحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة . (٥) الحصوم
 في استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة وفي الطعن فيه بالنقض . (٦) الحكم
 النهائي بثبوت الحق في الشفعة وتسجيله .

(١) قانون الشفعة السابق م ١٥ : ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة
 الكائن بدائرتها العقار في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عنه في المادة الرابعة
 عشرة ، وإلا سقط الحق فيها .

م ١٦ : ويحكم فيها دائماً على وجه السرعة .
 (والتقنين المدني الجديد يتفق مع قانون الشفعة السابق ، فيما عدا أن التقنين المدني الجديد
 أرجب قيد دعوى الشفعة أيضاً في نفس الميعاد الذي أوجب فيه رفع الدعوى) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٩ : ١ - يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل
 من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته ، وإلا سقط حقه . ٢ - وتعتبر
 دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة .

(ويوافق التقنين العراقي التقنين المصري ، إلا أنه لم يذكر أن قيد الدعوى يجب أن يتم
 أيضاً في نفس ميعاد رفع الدعوى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٧ : وعلى الشفيع أن يطلب بحق الشفعة أثناء

الأيام العشرة التي تلي التبليغ ، بعد إضافة مهلة المرافعة ، تحت طائلة سقوط . م ٢٤٨ : إذا
 لم يحصل التبليغ المبين في المادة السابقة يسقط حق الشفعة بعد مضي سنة من تاريخ تسجيل
 العقد في السجل العقاري . وتسرى هذه المدة بحق فائضي الأهلية والغائبين - وإن المدة المذكورة
 في هذه المادة وفي المادة السابقة لا تنقطع إلا بإقامة الدعوى بمطالبة الشفعة أمام محكمة محل وجود
 العقار الصالحة لحسب البنين المذكور في العقد .

٣ والتقنين استثنائي لا يشترط إبداء الرغبة في ارتداد بالشفعة قبل رفع دعوى الشفعة :
 أنصر آتفاً ص ٢٢٨ هامش ١ . ويشترط أن ترفع دعوى الشفعة - دون أن ينكمش عن
 تقديمها - في خلال عشرة أيام من تبليغ المشتري للشفيع تسجيل عقد البيع المشفوع فيه . فإذا
 لم يحصل هذا التبليغ ، في خلال سنة من تاريخ تسجيل العقد في السجل العقاري)

٢١٨- القصرم في دعوى الشفعة : المدعى في دعوى الشفعة هو

الشفيع (١) . وقد قدمنا أن الأخذ بالشفعة ، هو عمل من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، ولذلك يشترط في الشفيع أهلية التصرف . فإذا كان كامل الأهلية ، أى بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، جازله وحده أن يرفع دعوى الشفعة . وله أن يوكل في رفعها غيره بشرط أن تكون الوكالة وكالة خاصة ، فالوكالة العامة لا تكفى لأنها تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف (٢) . أما إذا كان الشفيع قاصراً أو محجوراً عليه ، فوليه أو وصيه هو الذى يرفع دعوى الشفعة ، بإذن من المحكمة أو بغير إذن على التفصيل الذى قدمناه عند الكلام في أهلية الشفيع (٣) .

والمدعى عليه في دعوى " شفعة " هو كل من المشتري والبائع : فرفع الدعوى على المشتري وحده أو على البائع وحده لا يكتفى . وقد كان التقنين المدني السابق يجعل المدعى عليه في دعوى الشفعة هو المشتري وحده ، فكانت دعوى

(١) وإذا تعدد الشفعاء ، قبلت الدعوى المرفوعة منهم جميعاً بصحيفة واحدة ، ولونزل أحدهم للآخرين ، إذا كان طلب الأخذ بالشفعة قد حصل منهم جميعاً في إعلان واحد وفي ميعاد الخمسة عشر يوماً (استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٥) .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٥ - فإذا كانت الوكالة وكالة عامة ، وأخذ الوكيل بالشفعة نيابة عن موكله ، وأجاز الموكل هذا العمل ، صح الأخذ بالشفعة ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (استئناف وطني ٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠١ ص ٣١٧) .

قارن مصر ١٣ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة

٤٣١ ص ٤٣٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٩٠ - وإذا ناب الولي أو الوصي الشفعة لنفسه بالأصالة ، فظهر

أن العقار الذى يشفع به يملك للقاصر انتمول بولايته أو وصايته ، فلا يصلح طلبه الشفعة لنفسه طلباً لشفعة نيابة عن محجوره ، بل لابد من طلب جديد باسم المحجور يقدم في الميعاد القانوني (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١١٩ ص ٣٦٦ - محمد كسر مرسى ٣ فقرة ٤٣٢) . وإذا باع الولي أو الوصي عقاراً مبركاً له أو اشترى لنفسه عقاراً ، وكان المحجور شفيعاً في العقار المبيع أو العقار المشتري ، فالمحكمة تعين للمحجور وصياً خاصاً (ad hoc) يوب منه في الأخذ بالشفعة (مطابق التكية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٦ ص ٣١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٣ ص ٤٣١) .

الشفعة ترفع على المشتري دون البائع (١) . أما قانون الشفعة السابق ، ومن بعده
التقنين المدني الجديد ، فيجعلان المدعى عليه في دعوى الشفعة هو كل من
المشتري والبائع ، ولا بد أن ترفع الدعوى على كليهما (٢) . والسبب في ذلك
أن ثبوت الحق في الشفعة يترتب عليه أن يحل الشفيع محل المشتري في مواجهة
البائع ، فأثر الشفعة إذن يمتد إلى كل من المشتري والبائع ، فيكون هذان معاً
طرفاً سواء في توجيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إليهما أو في رفع دعوى
الشفعة عليهما (٣) . وما دام الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته
نحو البائع ، وما دامت حقوق البائع قبل المشتري تسقط ولا يستطيع البائع أن
يطالب بها إلا الشفيع الذي حل محل المشتري ، وما دام الشفيع يصبح هو الدائن
للبائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ، فإنه يخلص من كل ذلك أن
الحكم بثبوت الشفعة هو حكم يمس البائع بقدر ما يمس المشتري (٤) . وعلى
ذلك لا بد من رفع الدعوى على كل من المشتري والبائع في الميعاد القانوني ،

(١) استئناف مخطوط ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٢٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٣

م ٥ ص ٢٠٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصاص الشفيع والبائع
والمشتري ، سواء في أول درجة أو في الاستئناف أو في النقض ، وسواء كان رافع الدعوى أو
الطاعن في الحكم هو الشفيع أو المشتري أو البائع . فإن رغبها أيهم في أية مرحلة من مراحلها
تلك ، ولم يخاضم أحد صاحبيه ، قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، إذ لا حكم
إلا في دعوى ، ولا تقبل الدعوى إذا لم يعلن فيها جميع الخصوم الواجب اختصاصهم (نقض مدني
١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣) . وانظر نقض مدني ٦ يونيو سنة
١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٤ ص ٨٦٤ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم
٧٢ ص ٢٠٠ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٤ ص ٦٥٦ - ٢ يونيو سنة
١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٨ ص ٧٨٧ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض
٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٣ رقم ٦٢٧ ص ١٤١٧ - ٨ مايو
سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٤ ص ١٠٣١ - ١٢ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة
أحكام النقض ٦ رقم ١٥٠ ص ١١٣٦ - استئناف مصر ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة
١٦ رقم ١٧١ ص ٣٨٥ - ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسية ٣٨ رقم ١٩٢ - أسيوط
الكلية ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٢٩ .

(٤) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٣٤ ص ٤٣٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٠٢

ص ٥١١ - ص ٥١٢ .

والا سقط حتى الشفيع في الشفعة (١). فإذا رفعت الدعوى على أحدهما في الميعاد القانوني ، وعلى الآخر بعد انقضاء الميعاد القانوني لم تصح الدعوى (٢). ولكن إذا رفع الشفيع الدعوى على بعض بائعي العقار في الميعاد القانوني وهو لا يعلم بوجود غيرهم ، جاز له رفع الدعوى على البائعين الآخرين بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد انقضاء الميعاد القانوني (٣). ويجب على الشفيع أن يختصم جميع البائعين وجميع المشترين الذين وردت أسماؤهم في الإنذار الرسمي الموجه إليه بوقوع البيع ، حتى لو كان يتمسك بأن عقود بعض المشترين عقود صورية يراد بها التحايل على منع الشفعة. فالطعن بالصورية لا يمنع من اختصاص المشتري المطعون في عقده في دعوى الشفعة ، وفي هذه الدعوى يطعن في العقد

(١) استئناف مصر ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٣٢ ص ٥٨ - وإذا صدر حكم بنبوت الشفعة ، ثم رفع المشتري دعوى بسقوط هذا الحكم ، فيكون أن يختصم فيها الشفيع . وإذا طعن الشفيع بالنقض في الحكم الصادر بسقوط حكم الشفعة ، اكنى كذلك باختصاص المشتري . وذلك أن اختصاص كل من البائع والمشتري إنما يكون ضرورياً في دعوى الشفعة ذاتها ، ولا يمتد ذلك إلى دعوى سقوط حكم الشفعة (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣٩ ص ٢٧٦).

(٢) استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٣٧ (ويشير إلى حكم استئناف مصر في ٢ فبراير سنة ١٩٤٥) - أسيوط الكلية ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ الحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ - وإذا تعدد البائع تجهيل اسم المشتري ، فليس له أن يدفع بعدم قبول دعوى الشفعة لأنها لم ترفع على المشتري ، إذ لا يجوز أن يستفيد من تضليله (استئناف وطني ٢٤ مارس سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٥ ص ٣٨ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠).

(٣) استئناف وطني ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠١ ص ٢١٧ - وإذا بيع عقار على الشيوع لشخصين ، وكانت الشفعة لا يمكن استيفائها إلا في العقار جميعه ، لم تكن الدعوى صحيحة إلا إذا رفعت في الميعاد القانوني على كل من المشترين ، فإذا رفعت على أحدهما دون الآخر سقط حيز الشفيع بالنسبة إلى الكل (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٢٧). أما إذا كان محل الشفعة قطعة أرض قبة لنقطة ، واشتراها عدة أشخاص حصصاً مفردة ، فإن دعوى الشفعة المرفوعة على بعض المشترين ، ولو أشارت إلى الأرض جميعها ، لا يكون لها تأثير بالنسبة إلى باقي المشترين (استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٠٨). وإذا توفي أحد الخصوم عن عدة ورثة ، وجب اختصاص هؤلاء الورثة جميعاً - فإذا طعن في الحكم الصادر بطلان الشفيع أحد ورثة البائع أو المشتري دون باقي الورثة ، فإن الطعن يكون غير مقبول شكلاً (نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ الحاماة ٣٥ رقم ١٨٩ ص ٤٣٥ - ٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨١ ص ١١٦٣).

بالصوربة فيكون الحكم حجة على هذا المشتري إذ قد ادخل خصماً في الدعوى (١٧) .

٢١٩ - المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة : رأينا (٢٠) أن المادة ٩٤٣

مدني تنص على أن «ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار» . فالمحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة هي إذن المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه . وذلك لأن دعوى الشفعة هي دعوى عينية إذ يطلب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية هو الشفعة . وقد نصت المادة ٩٤٣ مدني المشار إليها صراحة على اختصاص محكمة العقار : فقد كان هناك رأي يذهب إلى أن دعوى الشفعة هي دعوى شخصية فتكون من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعى عليه ، فأراد المشرع أن يحسم الخلاف في هذه المسألة بأن ينص صراحة على اختصاص محكمة العقار ليبدل على أن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية (٢١) .

(١) وقد رفضت محكمة النقض بأنه متى كان الشفيع قد أغفل توجيه الدعوى إلى أحد المشتريين على الشيوع محتجاً بصورية عقده . وكان الحكم قد أغفل دفع المشتري الآخر بوجوب توجيه هذا الطعن إلى شريكه غير المختصم في دعوى الشفعة . وأقام قضاؤه على أن إدخال هذا المشتري في عقد الشراء المسجل لم يقصد به إلا الاحتيال لمع الأخذ بالشفعة ، فإن هذا الحكم يكون باطلاً . إذ كان يتعين عن المحكمة لكي يستقيم قضاؤها وقت الفصل في دعوى الشفعة حتى يستصدر الشفيع حكماً نهائياً في مواجهة جميع أطراف الخصومة . ومن بينهم المشتري الذي لم يختصم فيها ، بصورية عقد هذا الأخير (نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤) . وانظر أيضاً نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ . رقم ٢٠٢ ص ٥٥٥-١٠ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٥ ص ٨٤٤-محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٣) وقد جرت مناقشة في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ وقت نظر مشروع التقنين المدني أمامها ، إذ اعترض أحد أعضاء اللجنة على ورود اختصاص محكمة العقار في النسخ . فقد رأى في ذلك «إقحام بعض قواعد المرافعات» . فأجيب على هذا الاعتراض «بأنه حيث ينشأ القانون حقاً . فهو وإجراءاته من مسمي التقنين المشي لهذا الحق . وأضيف إلى ذلك «أنه يحسن دعماً للشبهة في هل دعوى الشفعة شخصية أو عقارية عدم رفع حكم المرافعات الواردة في المادة» . فأعلن العضو الممتنع عن ذلك أنه «ينزل عن اعتراضه لهذه الحجة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٩) .

هذا من حيث الاختصاص المحلي . أما من حيث الاختصاص النوعي ،
فمحكمة العقار المختصة هي المحكمة الكلية أو المحكمة الجزئية تبعاً لمقدار الثمن اوارد
ذكره في عقد البيع . فإذا كان هذا المقدار يزيد على مائتين وخمسين جنيتها ،
فالمحكمة الكلية هي المختصة ، ويكون حكمها دائماً قابلاً للاستئناف ، ويكون
الحكم الصادر في الاستئناف قابلاً للنقض . وإذا كان مقدار الثمن المذكور في
عقد البيع لا يتجاوز مائتين وخمسين جنيتها ، فالمحكمة الجزئية هي المختصة . ويكون
حكمها انتهائياً إذا لم يتجاوز مقدار الثمن خمسين جنيتها . فإن جاوز هذا المبلغ كان
الحكم قابلاً للاستئناف ولكن الحكم الصادر في الاستئناف لا يكون قابلاً
للقض (١) . والعبرة فيما قدمناه هي . كما أسلفنا . بالثمن المذكور في العقد .
فإذا كان هذا الثمن ٣٠٠ جنيه مثلاً ، وكان الشفيع يعتقد أن الثمن الحقيقي هو
٢٥٠ جنيتها فقط ، وجب عليه مع ذلك أن يرفع الدعوى أمام المحكمة الكلية ،
وهذه المحكمة هي التي تفصل في مقدار الثمن الحقيقي (٢) . وقد يكون الأمر على
العكس من ذلك . فيكون الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف
مثلاً من رسوم التسجيل . فإذا ذكر في العقد أن الثمن ٢٥٠ جنيتها مثلاً . وجب
على الشفيع أن يرفع الدعوى أمام المحكمة الجزئية . فإذا أثبت المشتري أو البائع ،
وفقاً للرأى الذى نقول به ونأخذ بعكسه محكمة النقض وفريق من الفقهاء (٣) .
أن الثمن الحقيقي هو ٣٥٠ جنيتها مثلاً . قضت المحكمة الجزئية بعدم اختصاصها ،
وأمرت باحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة الكلية المختصة . وجاز لها أن تحكم
بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات تمنح كإلزامها أو بعضها للشفيع مع عدم الإخلال
بحقه في طلب التضمينات ، وتلتزم المحكمة الكلية الحال إليها الدعوى بنظرها (٤) .
وإذا رفع الشفيع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة . فإنه مع ذلك
يقطع مدة الثلاثين يوماً المقررة لسقوط حق الشفعة بانقضائها . فإذا قضت
المحكمة التي رفعت إليها الدعوى بعدم اختصاصها بنظرها . فالشفيع بعد صدور

(١) أنظر في ذلك م ٤٥ مرافعات .

(٢) عابدين ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٥ الخرق ٢٠ رقم ٦٤ ص ١٨٧ - محمد كامل مرسى

٣ فقرة ٤٥٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢ .

(٤) أنظر المادة ١٣٥ مرافعات المعدلة بالخانور رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

هذا الحكم مدة ثلاثين يوماً جديدة لرفع الدعوى أمام المحكمة المختصة. وقد كان هذا هو ما جرى عليه القضاء في عهد التقنين المدني السابق (١)، فأولى أن يكون هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني الجديد وقد تضمن نصاً صريحاً كان التقنين المدني السابق خالياً منه، هو المادة ٣٨٣ مدني وتنص على أن « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة . . . » ، ويقاس على انقطاع مدة التقادم انقطاع مدة السقوط . وتسرى مدة الثلاثين يوماً الجديدة من وقت صدور حكم المحكمة بعدم الاختصاص (لا من وقت إعلان هذا الحكم) ، إلا إذا استأنف الشفع الحكم بعدم الاختصاص في خلال المدة المحددة للاستئناف، فيتولد بهذا الاستئناف سبب جديد للانقطاع . ويظل الانقطاع قائماً حتى بعد صدور الحكم في الاستئناف . فإذا كان مؤيداً لعدم الاختصاص ، وجب على الشفع عندئذ أن يرفع دعوى الشفعة من جديد أمام المحكمة المختصة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الحكم النهائي (٢) .

- (١) استئناف وطني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال د رقم ٨٧ ص ١٣٣ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٣ رقم ٤ ص ١٤٢ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١ - استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٢ ص ٨٧٨ - استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٧ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٥٤ - محمد علي عرفة فقرة ٣٠٧ ص ٥١٨ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رفعت دعوى الشفعة في خلال الثلاثين يوماً أمام محكمة كانت مختصة في الأصل وقت رفعها ، ثم حكم بعدم الاختصاص لطروء ما أخرج الدعوى عن اختصاصها (دخول خصم جديد في الدعوى قال إنه اشترى العقار من المشتري الأول بضمن مجاوز نصاب القاضي الجزئي) ، كان للشفع تجديد أمام المحكمة المختصة ، ولا يقبل من المشروع منه الدفع بأن دعوى الشفعة رفعت بعد انقضاء الثلاثين يوماً (استئناف مصر ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠) .
- (٢) نقض مدني د نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٧ ص ١٤١ - استئناف مخطط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٥٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٥١ .

وهناك رأى يذهب إلى أن ميعاد الثلاثين يوماً الجديدة يسرى ، لا من وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص ، بل من وقت انقضاء ميعاد استئناف هذا الحكم وصيرورته بذلك نهائياً . فيبقى الانقطاع مستمراً طول المدة التي يجوز فيها استئناف الحكم الصادر بعدم الاختصاص ، ولا حاجة لرفع الاستئناف فعلاً . ففي إحدى التذييلات التي كتبت المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص في ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ، فسرى ميعاد ١٥ يوماً لاستئناف هذا الحكم ، ولكن الشفع لم يستأنف .

٢٢٠ - رفع الدعوى وقيد لها في الميعاد القانوني : تقول المادة ٩٤٣

مدني ، كما رأينا (١) ، « ترفع دعوى الشفعة . . . وتفيد بالحدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة (إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة) ، وإلا سقط الحق فيها . . . » . ونرى من ذلك أن هناك ميعاداً معيناً لرفع دعوى الشفعة وقيد لها ، وهو ثلاثون يوماً من إعلان الشفع لـ لكل من البائع ، والمشتري رغبته في الأخذ بالشفعة (٢) . ويحسن أن نستعرض تطور هذه المسألة ، التي تعتبر من أهم مسائل الشفعة ، منذ قانون الشفعة السابق .

فقد كانت المادة ١٥ من قانون الشفعة السابق تنص على أن « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عنه في المادة الرابعة عشرة (إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة) ، وإلا سقط الحق فيها » (٣) . فكان هذا النص يقضي برفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ

= فقدست محكمة استئناف مصر بأن الانقضاء الأول بقى مستمراً خمسة عشر يوماً بعد صدور الحكم بعدم الاختصاص إلى أن أصبح هذا الحكم نهائياً بعدم استئنافه حتى انقضت هذه المدة ، ويكون للشفيع من وقت انقضاء خمسة عشر يوماً ، أي من يوم ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ، ثلاثون يوماً جديدة لرفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة . فإذا كان الشفع قد رفع هذه الدعوى أمام المحكمة الكلية المختصة في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ ، فإنه يكون قد رفع الدعوى في الميعاد القانوني (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٢) وقد يكتفى المشتري بتسجيل عقد البيع دون أن ينذر الشفع بوقوع هذا البيع ، فيجب في هذه الحالة أن يملن الشفع رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال أربعة أشهر من وقت التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٢٠٦) . وقد يستثنى في هذه الحالة عن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة برفع دعوى الشفعة مباشرة (أنظر آنفاً ص ٦٢٢) ، فيجب عليه عندئذ إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وقيد لها في خلال الأربعة الأشهر التالية لوقت التسجيل .

(٣) أما في التقنين المدني السابق ، فلم يكن هناك ميعاد محدد لرفع دعوى الشفعة ، ولكن القضاء كان يطلب رفع الدعوى في أقرب وقت ممكن حتى لا يفل المشتري مهدياً بنزع ملكية العقار الذي اشتراه مدة طويلة (استئناف وطني ١٣ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٧ ص ٥١ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - وأنظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٢٨) .

بالشفعة ، ولم يكن هناك ميعاد لقبيل الدعوى بعد رفعها (١) . فكان الشفيع يستطيع ، إذا أراد المضاربة واستغلال حقه في طلب الشفعة ، أن يعلن صحيفة دعوى الشفعة لكل من البائع والمشتري في ميعاد الثلاثين يوماً بعد أن يؤدي ربيع رسم الدعوى ، ثم يقف عند ذلك . فهو لم يكن ملزماً ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ووفقاً للرأى الذى كان سائداً وقت ذاك ، بعرض الثمن عرضاً حقيقياً ولا بإيداعه خزانة المحكمة . بل كان يكفيه العرض البسيط . ثم إنه لم يكن ملزماً . تطبيقاً لأحكام تقنين المرافعات السابق . بقيد الدعوى وتأدية ثلاثة أرباع الرسم الباقية في ميعاد معين . فكان يقتصر على إعلان صحيفة الدعوى في الميعاد القانونى بعد رفع ربيع الرسم فقط ، ثم يترصد مترقباً وقد شهر هذا السيف في وجه المشتري . فلا هو يمتضى في إجراءات دعوى الشفعة ، ولا هو ينزل عنها ، ويبقى هذا السيف معلقاً ، ويبقى هو منتظراً حتى يسعى إليه المشتري يساومه على النزول عن دعوى الشفعة . وكل ذلك لم يكلفه إلا دفع ربيع الرسم .

فأراد التقنين المدنى الجديد علاج هذا الوضع . فأوجب على الشفيع أولاً ، كما رأينا ، أن يودع خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، ثم أوجب عليه ثانياً أن يرفع دعوى الشفعة ، وأوجب عليه ثالثاً أن يقيد الدعوى (٢) .

(١) نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ - ٢٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٩٨ - استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٥ ص ١١١ - ٦ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٥٩ ص ٣٥٨ - وانظر عكس ذلك وأنه كان يجب قيد الدعوى في ميعاد الثلاثين يوماً استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٩٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٢ ص ٤٤٤ - ولكن رفع الدعوى كان يبنى على كل حال إعلان صحيفة الخصم ، ولم يكن يكتفى في عهد تقنين المرافعات السابق بتقديم الصحيفة إلى قلم المحضرين لإعلانها (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكاتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٥ رقم ١١٣ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٥ رقم ١١٤) .

(٢) أنشأ في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٤ ص ٥١٣ - ص ٥١٤ .

(٣) فإيداع الثمن قد استحدثه التقنين المدنى الجديد ، للتدليل على جدية دعوى الشفعة والسأى بها عن مجال المضاربة والاستغلال . وكما ظهر من مظاهر تقييد دعوى الشفعة ، كما سبق القول (أنظر آتياً فقرة ٢١٠) . وكذلك وجوب قيد الدعوى في خلال الثلاثين يوماً استئناف مصر

وكل هذا يجب عليه أن يقوم به في خلال الثلاثين يوماً التالية لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة (١). ولما كانت هذه الأعمال الثلاثة - إيداع الثمن ثم رفع الدعوى ثم قيدها - قد رتبها القانون بحيث يلى بعضها بعضاً ، فإيداع الثمن يجب أن يتم قبل رفع الدعوى بحسب أحكام التقنين المدني الجديد في الشفعة ، ورفع الدعوى يجب أن يتم قبل قيدها بحسب أحكام تقنين المرافعات الجديد في إجراءات

التقنين المدني الجديد ، حتى لا يتباطأ الشفع في الإجراءات دون مبرر ، وحتى لا يسبق الدعوى معلقة بقصد ابتزاز المشتري واستغلاله . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « . . . مع ملاحظة أن رفع دعوى الشفعة لا يكتفى وحده ، بل يجب أيضاً قيد الدعوى في الجدول في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . حتى لا يتباطأ الشفع في الإجراءات دون مبرر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٧) .

والعبرة في سريان التقنين المدني الجديد فيما استحدثه بوقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . فإذا تم هذا الإعلان قبل نفاذ التقنين المدني الجديد ، أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن قانون الشفعة السابق هو الذى يسرى ، ومن ثم لا يكون على الشفع إلا رفع دعوى الشفعة في ميعاد الثلاثين يوماً دون أن يلتزم بإيداع الثمن ويكتفى بالعرض البسيط ، كما لا يلتزم بقيد الدعوى في خلال الثلاثين يوماً . أما إذا لم يسبق إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين المدني الجديد هو الذى يسرى ، ويجب على الشفع أن يودع الثمن ويرفع الدعوى وبقيدها في ميعاد الثلاثين يوماً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لما كان القانون المدني الجديد قد وضع نظاماً مستحدثاً لإجراءات الشفعة نص عليه في المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ ، وكانت إجراءات هذا التنظيم ومواعيده مرتبطة ببعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق ، إذ ينص القانون على إتباعها وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة ، وكانت تبدأ جميعاً من جانب الشفع من تاريخ إعلان الرغبة ، فإن مقتضى هذا الوضع أن نصوص القانون الجديد إنما تسرى على طلب الشفعة الذى تبدأ إجراءاته بإعلان الرغبة فيها بعد العمل به لا الطلب السابق عليه الذى حصل على هدى قانون الشفعة القديم . . . وليس يسوغ مزج أحكام القانونين وإعمال بعض نصوص القانون الجديد مع بعض نصوص القانون القديم ، لأن ذلك فضلاً عن أنه يؤدي إلى نتائج غير مستساغة بل ومخالفة لنصوص القانونين القديم والجديد ، فإنه لا يتفق مع قواعد التطبيق الصحيحة . (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧) . وانظر نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٦٧ .

(١) فإذا لم يتم إعلان الخصوم بالدعوى في خلال هذه المدة سقط حق الشفع حتى لو كان عدم إتمام الإعلان بسبب تواطؤ المشتري والبايع لإخفاء موطن هذا الأخير . مادام هذا التواطؤ ، على فرض حصوله ، لم يكن من شأنه أن يحول دون اتخاذ الشفع الإجراءات القانونى الذى يؤدي إلى إتمام الإعلان في خلال امدة الباقية لرفع دعوى الشفعة بتسليم صورة الورقة إلى النيابة (نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٥٦ ص ٩٩٧) .

التناضى ، فعلى الشفيع إذن أن يقوم بكل هذه الأعمال الثلاثة ، وعلى هذا الترتيب ، فى ميعاد الثلاثين يوما . ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع أن ينتفع بهذا الميعاد إلى آخر يوم فيه إلا فى العمل الأخير من هذه الأعمال الثلاثة وهو قيد الدعوى . فهو إذا قيد الدعوى فى نهاية الثلاثين يوما ودفع الرسم كاملا ، فلا بد له من أن يرفعها قبل ذلك أى قبل نهاية الثلاثين يوما . ثم إذا هو رفع الدعوى قبل نهاية الثلاثين يوما ببضعة أيام ، فلا بد له من إيداع الثمن قبل رفع الدعوى ببضعة أيام أخرى ، فالتقنين المدنى الجديد إذا كان قد أقفل الباب فى وجه المساومات واستغلال حق الشفعة بوضعه هذه القيود الثقيلة فى استعمال هذا الحق ، فإنه قد تضافر مع تقنين المرافعات فى جعل ميعاد الثلاثين يوما ميعادا صوريا بالنسبة إلى كل من إيداع الثمن ورفع الدعوى . إذ لا بد للشفيع من أن يقوم بكل من هذين العملين دون أن ينتفع بهذا الميعاد كاملا . ولم يكن ميعاد الثلاثين يوما ميعادا حقيقيا ، إلا بالنسبة إلى قيد الدعوى . وكان الأولى إذن أن يضع القانون لكل عمل من هذه الأعمال الثلاثة ميعادا خاصا به ، لا أن يجمعها كلها فى ميعاد واحد . فكان يستطيع مثلا أن يوجب على الشفيع إيداع كل الثمن فى العشرين يوما التالية لإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ثم رفع الدعوى فى عشرة الأيام التالية لإيداع الثمن ، ثم قيد الدعوى فى ميعاد قصير يحدده بعد رفع الدعوى وليكن خمسة أيام أخرى .

على أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، الذى عدل كثيرا من نصوص تقنين المرافعات ، قد حور من هذا الوضع قليلا . فقد عدل المادة ٧٥ من تقنين المرافعات الجديد ، فى كيفية رفع الدعوى ، على الوجه الآتى : « على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة ، وقت تقديم صحيفة دعواه ، صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب - ويقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها - وتعتبر الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السنوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا ، أما باقى الآثار التى تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها .

فأصبح قيد الدعوى ، بموجب هذا النص ، سابقا على رفعها . بعد أن كان
 تابا لرفع الدعوى بموجب أحكام تقنين المرافعات قبل تعديله بالقانون رقم
 ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ (١) . وأصبح ميعاد السقوط . وهو الثلاثون يوما ، كافيا
 لقطعه تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا . وبالجمع
 بين أحكام التقنين المدنى فى الشفعة وهذه الأحكام الجديدة فى تقنين المرافعات ،
 أصبح الأمر يجرى على الوجه الآتى : بعد الشفيع صحيفة دعوى الشفعة والصور
 المطلوبة منها ، ويقدمها إلى قلم كتاب المحكمة . فيقوم قلم الكتاب بقيد الدعوى
 فى اليوم نفسه فى السجل الخاص بذلك بعد أن يستوفى الرسم كاملا ، وبهذا
 يتم قيد الدعوى ، ويصبح العمل الأخير من الأعمال الثلاثة التى يجب على
 الشفيع القيام بها فى ميعاد الثلاثين يوما هو العمل الأول . ثم يودع الشفيع الثمن
 خزانة المحكمة ، وبهذا يتم . وهو العمل الثانى . ثم يتسلم الشفيع من قلم
 كتاب المحكمة أصل صحيفة الدعوى وصورها ويقدمها إلى قلم المحضرين ،
 وبمجرد تقديمها إلى قلم المحضرين يكون قد قطع مدة الثلاثين يوما فيقطع سريان
 هذه المدة . وعلى ذلك يكفيه أن يقوم . فى خلال الثلاثين يوما ، بقيد الدعوى
 وإيداع الثمن وتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين ، فيطمئن
 بذلك إلى أنه قد قام بالقيد والإيداع ورفع الدعوى فى الميعاد القانونى . ويستطيع ،

(١) أما نصوص تقنين المرافعات المتعلقة برفع الدعوى وقيدها ، قبل تعديلها بالقانون
 رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، فكانت تجرى على الوجه الآتى :

م ٦٩ مرافعات : ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تعلن للمدعى
 عليه على يد أحد المحضرين ، مالم يقض القانون بنبر ذلك .

م ٧٥ مرافعات : على المدعى ، بعد تسلمه أصل الصحيفة المعلقة ، أن يقدمه لقلم الكتاب
 لقيد الدعوى بجدول المحكمة فى اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر . وللمدعى
 عليه أن يطلب قيد الدعوى يوم الجلسة نفسه بتقديم الصورة المعلقة له ، إذا لم يقيد المدعى .
 وتفيد الدعوى التى يكون فيها التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة فى الجلسة نفسها .

م ٧٦ مرافعات : يجوز لرئيس الجلسة أن يأذن بقيد الدعوى فى يوم الجلسة نفسه ،
 إذا وجد لذلك مقتضيا .

م ٧٧ مرافعات : إذا سبق دفع الرسم بأكثره قبل إعلان صحيفة الدعوى ، وجب على قلم
 المحضرين تسليم الأصل لقلم الكتاب بعد إعلانه ، وعلى قلم الكتاب إجراء القيد من تلقاء نفسه .

م ٧٨ مرافعات : إذا لم تفيد الدعوى فى اليوم المعين للجلسة ، جاز لتسليم أول المدعى
 عليه تحديد جلسة أخرى وإعلان خصمه بها . وإذا لم تفيد الدعوى خلال سنة من تاريخ الجلسة
 الأولى التى سبق تحديدها ، اعتبرت الدعوى كأن لم تكن .

في شيء من الجهد . أن يقوم بهذه الأعمال الثلاثة في يوم واحد^(١) . فينتفع بجميعاد الثلاثين يوماً كاملاً لكل منها . إذا كان هذا اليوم هو اليوم الأخير من الميعاد^(٢) . ثم يقوم قلم المحضرين ، بعد أن يتسلم من الشفيع صحيفة الدعوى وصورها . بإعلان الصحيفة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليمها أو قبل اليوم المحدد للجلسة إذا حدد قبل ذلك (م ٧٧ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) . ولكن مدة الإعلان هذه لا تحسب على الشفيع ضمن ميعاد الثلاثين يوماً . إذ أن هذا الميعاد يكون قد انقطع بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين كما سبق القول .

ويكون إعلان صحيفة دعوى الشفعة في موطن كل من المشتري والبائع أى في المحل الذي يقيم فيه^(٣) . على الوجه الذي بيناه في إعلان الرغبة في الأخذ الأخذ بالشفعة^(٤) . وبحسب ميعاد الثلاثين يوماً الواجب في خلالها قيد الدعوى

(١) ولا يشترط أن يكون هناك فاصل بين هذه الأعمال الثلاثة ، ولرب يوم واحد . وقد قضت محكمة النقض . قبل تعديل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، بأن نص المادة ٢/٩٤٢ مدني تضمن شرطين . أولهما أن يودع الشفيع الثمن الحقيقي خزائن المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة . والثاني أن يكون هذا الإيداع سابقاً على رفع الدعوى . وقد هدف الشارع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية في طلب الشفعة . ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى . فشرط حصول الإيداع في اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتل النص ، ولا يتفق مع فكرة التيسير في ائتمان التي أخذ بها الشارع (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة النقض ١٢ رقم ٩٦ ص ٦١٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١١ .

(٣) وإذا ترك المشتري محل إقامته المبين في عقد البيع ، ولم يبين محل إقامته الجديد ، أعلنه الشفيع بدعوى الشفعة في النيابة ، وإلا سقط حق الشفيع إذا ترك الميعاد ينقضي دون إعلانه على هذا الوجه (استئناف مختلف ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠) .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٥ - وقبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ كان يجب إعلان صحيفة الدعوى إلى كل من البائع والمشتري في خلال الثلاثين يوماً . فبدأ وصل الإعلان إلى أحدهما في البعد التقديري ووصل إلى الآخر بعد هذا ائتمان . سقط حق الشفيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا تعتبر دعوى الشفعة قائمة إلا من تاريخ إعلان البائع والمشتري فيه . وبذلك متى كان المشتري قد أعلن بدعوى في تاريخ لاحق لإعلان البائع . فإن الدعوى لا تكون قد رفعت إلا من وقت إعلان المشتري (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧) .

ورفعها من اليوم التالى لليوم الذى أعلن فيه كل من المشتري والبائع بالرغبة فى الأخذ بالشفعة . فإذا أعلننا فى يومين متتاليين فالعبرة باليوم المتأخر منهما على النحو الذى بيناه فى حساب الميعاد بالنسبة إلى إيداع الثمن (١) . ونحسب اليوم الأخير ، فيجب على الشفيع أن يقدم إلى قلم المحضرين أصل صحيفة الدعوى وصورها . بعد أن يقيد قلم الكتاب الدعوى على الوجه الذى قدمناه . فى ميعاد نهايته اليوم الثلاثون من اليوم التالى لليوم الذى أعلن فيه كل من المشتري والبائع بالرغبة فى الأخذ بالشفعة . ولم ينص القانون هنا . كما نص فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . على إضافة ميعاد للمسافة إذا اقتضى الأمر ذلك . وبعد تعديل نصوص تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، بما جعل الأمر بالنسبة إلى الشفيع ينتهى بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين فتقطع مدة الثلاثين يوماً عند . . . لم يعد الشفيع فى حاجة إلى إضافة ميعاد للمسافة . إذ أصبحت العبرة بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين ، لا بإعلانها فعلاً إلى البائع والمشتري حتى يكون هناك محل لإضافة ميعاد للمسافة . أما قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . حيث كان يجب أن يتم إعلان البائع والمشتري فعلاً فى خلال الثلاثين يوماً ، فالظاهر أنه كان يجب إضافة ميعاد للمسافة بالرغم من عدم النص على هذا الميعاد كما نص عليه فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . وذلك أنه يوجد نص عام فى تقنين المرافعات على مواعيد المسافة ورد فى المادتين ٢١ و ٢٢ من هذا التقنين ، فيكتفى بهذا النص العام لإضافة ميعاد للمسافة دون حاجة إلى نص خاص فى ذلك (٢) . وإذا وقع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١١ - وانظر نقض مدنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٠ ص ٤٩٠ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - وإذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة أولاً بكتاب موصى عليه ، ثم صحح الشكل فأعلن رغبته بورقة رسمية على يد محضر فى الميعاد القانونى . فالعبرة فى حساب الثلاثين يوماً أن تبدأ هذه المدة من تاريخ الإعلان على يد محضر لا من تاريخ الكتاب الموصى عليه (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٩٨) .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٦ ص ٥١٦ - ص ٥١٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٩٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٥١ - وانظر عكس ذلك وأن المشرع قد قصد عدم إضافة ميعاد للمسافة إلى ميعاد الثلاثين يوماً ونص صراحة على إضافة ميعاد للمسافة إلى ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم الإيداع روى بوقوع البيع ، لأن =

اليوم الأخير من ميعاد الثلاثين يوماً في يوم عطلة رسمية ، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل يلي انتهاء العطلة . على الوجه الذى بيناه فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة (١) ، وميعاد الثلاثين يوماً ليس مدة تقادم بل مدة سقوط (٢) ، فبىسرى حتى على الغائبين ومن كان غير كامل الأهلية ، ولا يقبل الوقف كما لا يقبل الانقطاع إلا بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين على الوجه الذى سبق بيانه .

وغنى عن البيان أن الشفع إذا لم يتم برفع دعوى الشفعة وقيدها فى الميعاد القانونى على الوجه الذى بسطناه ، فإن حقه فى الشفعة يسقط ، كما هو صريح نص المادة ٩٤٣ مدنى فيما قدمناه (٣) ، فإن هذا النص يقول كما رأينا : « وإلا سقط الحق فيها » (٤) . ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق

الشفيع يكون قد فرجى بالملم بالبيع فى الحالة الأخيرة ولا مفاجأة فى الحالة الأولى : مائلاً الكلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٩٠ ص ٨١٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥١ - عكس ذلك أيضاً فى عهد قانون الشفعة السابق : أسبوط استثنائى ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٧٥ ص ٢٨٤ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٦ - وانظر نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٦ ص ٥١٧ - ص ٥١٨ - وانظر عكس ذلك وأن الميعاد لا يمتد حتى لو كانت نهايته يوم عطلة رسمية استثناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥٥ ص ٧٣٠ .

(٢) استثناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٩ (٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) ولا يعتبر تعديل الطلبات فى دعوى الشفعة دعوى جديدة مرفوعة بعد الميعاد ، إذا كانت الطلبات الأصلية لم توجد لبساً عند المشتري فى حقيقة العقار المطلوب أخذه بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع الشفع دعواه بطلب الشفعة فى الأطنان المبيعة ، ثم تبين أنه أخطأ فى البيانات التى أوردتها فى صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأطنان ورقم القطعة من الخروض الواقعة فيه فمدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة ، وكان دفاع المشتري يقيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من باده الأمر بطلب الشفعة فى هذه الأطنان ، فلم ينتسب عليه الأمر بالرغم مما لا بس البيانات التى أوردتها الشفع فى صحيفة الدعوى من أخطائه لم تؤثر على مائلاق عنده قصد الشفع من دعواه وفهم المشتري لها ، فإن الحكم يكون مبيهاً إذا قضى بسقوط حق الشفع فى الشفعة تأسيساً على أن تعديل الطلبات فى هذه الحالة يعتبر رفعاً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة فى صحيفة افتتاح الدعوى ، وأن هذا التعديل قد جاء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١١ ص ٩٧٩) .

الشفعة لهذا السبب في أية حالة كانت عليها الدعوى . كما يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة ولو أمام محكمة التخص ، وللمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها حتى لو نزل صاحب الحق عن التمسك به (١) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في الجزاء المترتب على عدم إبداء الثمن في الميعاد القانوني (٢) .

٢٢١ - الحكم في الدعوى على وجه السرعة : جاء في آخر المادة ٩٤٣

مدني ، كما رأينا (٣) ، في خصوص دعوى الشفعة : « ويحكم في الدعوى على وجه السرعة » (٤) . وكان تقنين المرافعات الجديد يشتمل على أحكام خاصة بالدعوى التي يحكم فيها « على وجه السرعة » ، وقد حورت هذه الأحكام لما عدل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

فقبل تعديل تقنين المرافعات . بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، كانت أهم الأحكام الخاصة بالدعوى التي يحكم فيها على وجه السرعة ، ومنها دعوى الشفعة ، هي ما يأتي : (١) ما نصت عليه المادة ١١٨ مرافعات من أن كل الدعوى التي ينص القانون على وجوب الفصل فيها على وجه السرعة « تقدم مباشرة إلى المحكمة دون عرضها على التحضير » ، ويتعين على المدعى فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات في جلسة المرافعة نفسها . وفي جميع الأحوال تعطى المحكمة

(١) أسبوط الكلية ١٣ يوفيه مة ١٩٢٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٢٦٩ - محمد كامل

مرسي ٣ فقرة ٤٤٧ ص ٤٤٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يل المادة ٩٤٣ مدني هو المادة ١٣٩٢

من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : ١٥ - لا تقبل المعارضة في الأحكام النهائية الصادرة في الشفعة . ٢ - وميعاد استئنافها خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانها . وفي لجنة المراجعة أدخل تعديل على الفقرة الثانية فأصبحت : « وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم » . ووافق مجلس النواب على المادة بهذا التعديل . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت المادة « لأنها من صميم المرافعات » ومشروع قانون المرافعات قد تضمن الحكم بعدم قبول المعارضة في الأحكام النهائية مادامت الدعوى تنظر على وجه السرعة ، وجعل ميعاد استئنافها عشرة أيام . ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٢٦ - ص ٤٢٧ في ملحق) .

الخصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها ، وكالما اقتضت الحال تقديم مستندات أو طلبات عارضة أو إدخال خصوم حددت المحكمة المواعيد التي يجب أن يتم فيها ذلك » . (٢) ما نصت عليه المادة ٣٨٦ مرافعات من أنه « لا تجوز المعارضة في الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة ولا في المواد التي يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة » . (٣) ما نصت عليه المادة ٤٠٢ مرافعات من أنه « ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . يكون ميعاد الاستئناف ... ويكون الميعاد عشرة أيام في المواد المستعجلة والمواد التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم » . وقد نصت المادة ٣٧٩ / ١ مرافعات على أن « تبدأ مواعيد الطعن من تاريخ إعلان الحكم ما لم ينص القانون على غير ذلك ، ويكون الإعلان لنفس المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي » . ويتلخص كل ذلك في أن النتائج التي كانت تترتب على نظر دعوى الشفعة « على وجه السرعة » هي أن الدعوى لم تكن تعرض على قاضي التحضير ، ولم يكن الحكم فيها قابلا للمعارضة ، وميعاد استئناف الحكم الصادر في الدعوى عشرة أيام تبدأ من تاريخ إعلان الحكم لنفس المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي ، وذلك سواء كان الحكم صادرا من محكمة جزئية أو من محكمة كلية (١) .

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ فأزال التفرقة ما بين الدعاوى العادية والدعاوى التي تنظر على وجه السرعة (٢) ، على الوجه الآتي :

(١) ألغى نظام تحضير القضايا بالغاء المواد من ١١٠ إلى ١١٧ مكررة مرافعات ، فأصبحت الدعاوى العادية كاللدعاوى التي تنظر على وجه السرعة لا تمر بالتحضير . ولكن لم تلغ المادة ١١٨ مرافعات . فبقيت دعوى الشفعة ، باعتبارها

(١) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٦٠ - فقرة ٤٦١ - محم على عرفة ٢ فقرة ٣٠٩ - عبد المنعم مرج العدة فقرة ٣٢٤ ص ٤٩٠ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : في صدد التعديلات الجوهرية التي أدخلها هذا القانون على نصوص تقنين المرافعات ، ما يأتي : « ومن ذلك سريان ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ، وإنهاء المعارضة في الأحكام الغائية كأصل عام . وإلغاء الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين الدعاوى التي تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة » .

من الدعاوى التي تنظر على وجه السرعة ، يتعين على الشفيع فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات في جلسة المرافعات نفسها . (٢) ألغيت المعارضة في الأحكام : إذ عدلت المادة ٣٨٥ مرافعات على الوجه الآتي : « لا تجوز المعارضة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون » ، وذلك بعد أن عدلت المادة ٩٥ مرافعات على الوجه الآتي : « إذا تخلف المدعى عليه أو المدعى عليهم كلهم أو بعضهم عن الحضور في الجلسة الأولى ، وجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها الخصم الغائب ، ويعتبر الحكم في الدعوى بمثابة حكم حضوري في حق المدعى عليهم جميعاً » . وعلى ذلك تساوت الدعاوى العادية والدعاوى التي تنظر على وجه السرعة ، من حيث عدم جواز المعارضة في الأحكام الصادرة في جميع الدعاوى . (٣) أصبح ميعاد استئناف الحكم الصادر في الدعوى التي تنظر على وجه السرعة هو نفس ميعاد استئناف الحكم الصادر في الدعوى العادية ، إذ عدلت المادة ٤٠٢ مرافعات على الوجه الآتي : « ميعاد الاستئناف ستون يوماً ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ويكون الميعاد خمسة عشر يوماً في المواد المستعجلة ، أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم » . وفي مقابل إطالة ميعاد الاستئناف ، جعل هذا الميعاد يسرى من تاريخ صدور الحكم لا من تاريخ إعلانه ، إذ عدلت المادة ٣٧٩ / ١ مرافعات على الوجه الآتي : « يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » . وعلى ذلك يكون ميعاد استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة هو ستون يوماً من وقت صدور الحكم (١) .

ومجمل القول أن دعوى الشفعة ، بعد القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، أصبحت كغيرها من الدعاوى : لا تمر على قاضي التحضير ، ولا تجوز

(١) ويسرى هذا الميعاد الجديد على الأحكام الصادرة في دعاوى الشفعة منذ صيرورة القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ نافذاً ، ولو رفعت دعوى الشفعة قبل نفاذ هذا القانون ، إذ البهرة في حق الاستئناف لمواعيده بالقانون المعمول به عند صدور الحكم ، لا بالتقديرات التي كان معمولا به وقت رفع الدعوى (استئناف وطني ١٦ مارس سنة ١٩٠٢ حقوق ١٧ رقم ٤١ ص ٨٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية د ص ٦٢ - ٢٠ مايو سنة ١٩٠٢ الاستئناف رقم ٢ ص ٩ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٢ الاستئناف رقم ٢ ص ٣ - ١٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٧ الحقوق رقم ٢٤ ص ١٥٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٥) .

المعارضة في الحكم الصادر فيها ، وميعاد استئناف الحكم فيها ستون يوماً من تاريخ صدوره . وانحصرت الفائدة من كون دعوى الشفعة تنظر « على وجه السرعة » في سرعة تقديم المستندات ، وفي توصية عامة للمحكمة في أن تراعى السرعة في الفصل في الدعوى فلا تكثر من التأجيل وتقصّر مواعيد التأجيلات إذا اقتضاها الأمر (١) .

٢٢٢ - الحصر في استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة وفي

الطعن فيه بالنقض : رأينا فيما تقدم (٢) أن الحصر في دعوى الشفعة هم الشفيع من جانب وكل من المشتري والبائع من جانب آخر . فلا بد إذن أن يدخل الشفيع في الخصومة كلا من المشتري والبائع ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة . وكما أن هؤلاء هم الخصوم في محكمة أول درجة ، فانهم يبقون كذلك أمام المحكمة الاستئنافية إذا استؤنف الحكم الصادر في دعوى الشفعة ، وأمام محكمة النقض إذا طعن في الحكم بالنقض .

ففيما يتعلق بالاستئناف ، أيا كان الخصم المستأنف ، الشفيع إذا خسر الدعوى والمشتري أو البائع إذا كسب الشفيع الدعوى وقضى له بالشفعة ، يجب على المستأنف ادخال الخصمين الآخرين في الخصومة أمام المحكمة الاستئنافية في الميعاد القانوني (٣) . فإذا كان الشفيع هو المستأنف وجب عليه

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٤ - منصور - مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص ٢٥١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

(٣) ولا يجوز أن تقدم في الاستئناف طلبات جديدة (م ١١ مرافعات) ، وقد قضى بأنه لو كان المطلوب أمام محكمة أول درجة الشفعة في جزء من عقار بنسبة عدد الرؤوس ، ثم طلب كل العقار في المحكمة الاستئنافية ، عد هذا طلباً جديداً فيما زاد على الجزء المطلوب في محكمة أول درجة (استئناف وطني ١٢ - بير سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ - استئناف مصر ١٨ - مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٦٤) . ويكون للشفيع ، إذا صدر الحكم الابتدائي لمصلحته أن يتمسك بكل الأسانيد القانونية التي أقام عليها دفاعه أمام محكمة أول درجة . بل ويزيد عليها أسانيد جديدة دون أن يطالب برفع استئناف فرعي . أما إذا لم يقض له بكل الطلبات ، فإنه يجب عليه أن يرفع استئنافاً فرعياً فيما لم يقض له به . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه يرتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الاستئناف ، وإعادة طرحه مع أسانيد القانونية وأدلة أوراقية . ولذلك يكون للمستأنف عليه الذي صدر الحكم الابتدائي لمصلحته أن يتمسك بكل الأسانيد القانونية التي أقام عليها دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى ، دون أن يكون مطالباً بأن يرفع -

إدخال كل من البائع والمشتري ، وإذا كان المشتري أو البائع هو المستأنف وجب عليه ادخال الشفيع والحصم الآخر (البائع أو المشتري) . والواجب ، في عهد تقنين المرافعات السابق ، إدخال كل من الحصمين الآخرين وإعلانهما بالاستئناف في الميعاد القانوني ، وإلا كان الاستئناف باطلا (١) . وقد كانت

استئنافاً فرعياً . وذلك إذا كان قد حكم له بطلباته كلها ، إذ في هذه الحالة تكون مصلحته في رفع الاستئناف منعدمة . أما إذا كان لم يحكم له إلا ببعض الطلبات ، فيكون ذلك محل للاستئناف للمطالبة بما لم يحكم له به . ويجب في هذا المقام أن يكون المحكوم برفضه طلباً بالمضى الصحيح في القانون (chef de demande) . فإذا كان المدعى قد أقام دعواه بالشفعة على أنه مالك بالشروع ، وأن أطيانه تجاور المقار المشفوع فيه من جهتين ، وأن له عليه حق ارتفاق ، فندبت المحكمة الابتدائية خبيراً في الدعوى لتحقيق هذه الأسباب ، ثم قضت للشفيع بطلباته استناداً على ما ظهر من تقرير الخبير من ثبوت الجوار بين الحدين ، وعند ما استأنف المشتري هذا الحكم أصر الشفيع أمام محكمة الاستئناف على تمسكه بسبب الشفعة الآخرين وطلب تأييد الحكم المستأنف ، فمن الخطأ أن تقول محكمة الاستئناف إن الشفيع بعدم استئنائه الحكم فيما يتعلق بذلك السبب يكون قد انتهى إلى التمسك بسبب الجوار فقط ، وتلغفت بناء على ذلك عن السبب الآخرين اللذين أصر عليهما أمامها (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٨ ص ١٧) . (١) وقد قضى بأنه إذا أهل الشفيع إعلان البائع في ميعاد الاستئناف لم يقبل استئنائه . إلا إذا كان البائع قد انضم إلى الشفيع في طلباته أمام محكمة أول درجة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩١) . أما إذا كان البائع لم يحضر أمام محكمة أول درجة ، فإنه يعتبر معارضاً لدعوى الشفعة (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٢) . وعدم إدخال البائع في الاستئناف يجعل الاستئناف غير مقبول ، حتى لو حضر البائع من تلقاء نفسه أمام محكمة الاستئناف إذا كان حضوره بعد فوات ميعاد الاستئناف ، إذ أن المشتري يكون قد كسب حق دفع الاستئناف بأنه غير مقبول شكلاً ، ومع ذلك يكون حضور البائع من تلقاء نفسه أمام الاستئناف بعد الميعاد مقبولاً إذا كان قد انضم إلى الشفيع أمام محكمة أول درجة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩١ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٣) . وإذا كان الاستئناف لا يتناول حق الشفعة ذاته ، كأن يتناول المبلغ الذي يجب على الشفيع دفعه كالحق للثمن ، فإن إدخال البائع في الاستئناف غير واجب . فإذا أراد المشتري المجادلة في حق الشفعة ذاته ، فإن عليه أن يدخل البائع في الدعوى ، وإلا كان استئناف المشتري الفرعي غير مقبول (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣) . ومع ذلك فقد قضى بأنه إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المشتري ، فإنه يكون مقبولاً ولو لم يعلن البائع ، لأن شرط إعلان البائع لا يستلزمه القانون إلا بالنسبة إلى الشفيع (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٨) . ومصرفات إدخال البائع في الدعوى تكون حل الشفيع أو المشتري ، أيهما خسر الدعوى (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٨) . وانظر في كل ذلك محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٦٢ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢ .

محكمة استئناف مصر قد قضت بأن وجوب رفع الدعوى في ميعاد معين على البائع والمشتري ، مما قد يترتب عليه رفع دعوى الشفعة عند رغبها ، أما بعد رفع الدعوى وصدور حكم فيها فإن رفع استئناف عن هذا الحكم لا يخضع لهذه القاعدة الخاصة وإنما يخضع للقواعد العامة المقررة في باب الاستئناف . لذلك وجب ألا يعاب على الشفيع المستأنف للحكم الصادر في دعوى الشفعة ، وهي دعوى غير قابلة للتجزئة ، أن يكون قد فاته أن يعلن البائع في الميعاد القانوني إذا كان قد أعلن المشتري في الميعاد المذكور . ذلك أن القواعد العامة المقررة في باب الاستئناف في الدعاوى غير القابلة للتجزئة تقضي بأنه إذا رفع الاستئناف في الميعاد بالنسبة إلى واحد من المحكوم لهم ، صح الاستئناف ولو لم يعلن الباقرن إلا بعد الميعاد القانوني (١) . ولكن عندما طعن في هذا الحكم بالنقض ، لم تقر محكمة النقض محكمة الاستئناف على ما ذهبت إليه ، وقضت بأنه إذا أعلن الشفيع المشتري بالاستئناف في الميعاد القانوني ، ولم يعلن البائع إلا بعد هذا الميعاد ، فإن الاستئناف يكون غير مقبول . ذلك أن القانون في دعوى الشفعة قد حتم اختصاص أفراد مخصوصين في الميعاد المعين لها ، فيكون واجبا على الشفيع اختصاصهم في الميعاد المذكور وإلا كانت دعواه غير مقبولة ، والحال كذلك في الاستئناف . فطلب الشفعة هو طلب موجه إلى البائع والمشتري في آن واحد ، والحكم في هذا الطلب هو حكم عليهما معاً (٢) . ونرى من ذلك أن

(١) استئناف مصر ٢ فبراير سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٣٣ ص ٦٥ .

(٢) نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢ - وقالت محكمة النقض في أسباب حكمها : «ومن حيث إن المادة ١٥ من قانون الشفعة تنص على وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معاً وإلا سقط الحق فيها . وإذا لوحظ أن القانون المدني لم يكن - قبل صدور قانون الشفعة - يقضي بإدخال البائع في الدعوى ، بل كان يكتفى برفع الدعوى على المشتري فقط ، لزم عن ذلك القول بأن إدخال البائع في دعوى الشفعة من الأحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه ، أي أنه شرط في صحة استعماله ، بحيث إذا تخلف هذا الشرط سقط حق الشفعة . وحكمة ذلك أن طلب الشفعة هو طلب موجه في الحقيقة إلى البائع والمشتري في آن واحد ، والحكم في هذا الطلب هو حكم عليهما معاً ، لأن الشفيع يستفيد من المادة ١٣ من قانون الشفعة بحل بالنسبة إلى البائع محل الشفيع منه في جميع ما كان له من الحقوق أو عليه من الواجبات . وبهذا يتحول عقد البيع من كونه بين البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفيع ، فتسقط حقوق البائع قبل المشتري ولا يكون له أن يطالب بها إلا الشفيع الذي هو

محكمة النقض قد قررت في عهد قانون الشفعة السابق وتفسير المرافعات السابق أن يختصم الشفع في الاستئناف كلا من البائع والمشتري . وأن يعلن كلا منهما بالاستئناف في الميعاد القانوني ، فإذا أعلن أحدهما في الميعاد القانوني والآخر بعد هذا الميعاد كان استئنافه غير مقبول .

ولكن تفسير المرافعات الجديد استحدث نصه هو المادة ٣٨٤ منه وتجري على الوجه الآتي : « لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ، ولا يحتاج به إلا على من رفع عليه . على أنه إذا كان الحكم غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو

حل محله . وكما تكون حقوق البائع قبل الشفع لا قبل الشري ، يكون كذلك ماعليه من الواجبات باعتباره بائناً للشفع لا للمشتري ، فيكون البائع أن يعليه بائناً ويكون عليه أن يضمن له المبيع ، وطلب الحكم بالشفعة هو طلب الحكم بكل ذلك . ومن حيث إن المادة ١٧ (من قانون الشفعة السابق) نصت على أن ميعاد الاستئناف في دعوى الشفعة خمسة عشر يوماً من يوم إعلان الحكم . ولما كان الاستئناف يعيد الدعوى إلى حالتها الأولى ، فإنه يجب عند استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة ، ليكون الاستئناف مقبولاً شكلاً ، أن يعلن إلى كل من المشتري والبائع في ميعاد الاستئناف الذي يفتح أحدهم بإعلان الحكم . فإذا كان الحكم قد أعلن من المشتري ، ولم يعلن الشفع البائع مع المشتري في الميعاد القانوني ، فلا يقبل استئنافه . ولا وجه للقول بأن ميعاد الاستئناف ظل مفتوحاً بالنسبة إلى البائع ، لأنه حتى إذا كان البائع أعلن الشفع بعد الإعلان الموجه إليه من المشتري فإن ميعاد الاستئناف يبدأ من الإعلان الأول ، إذ أنه في الحالة التي يكون فيها موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة إذا أعلن الحكم كل ذوى الشأن الذين كسبوا الدعوى إلى المحكوم عليه ، وكانت إعلانياتهم في تواريخ مختلفة ، فإن ميعاد الاستئناف يبدأ من أول إعلان . على أنه مادام القانون قد حتم اختصاص أفراد مخصوصين في الدعوى في الميعاد المعين لها ، فإنه يكون واجباً على الشفع اختصاصهم في الميعاد المذكور وإلا كانت دعواه غير مقبولة . والحال كذلك في الاستئناف . ولا ينقص من ذلك ما تعرض له الحكم المطعون فيه في شأن قاعدة نسبة الآثار المترتبة على إجراءات المرافعات ، فإنه وإن كانت آثار إعلان الأحكام من حيث قبول الاستئناف وعدم قبوله لا تكون إلا بالنسبة إلى المعلن والمعلن إليه من الخصوم في الدعوى عند تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم على السواء ، فيما عدا حائتي التضامن وعنده إمكان التجزئة . فالحل هنا يختلف مادام القانون - كما سلف - يستوجب اختصاص المشتري والبائع معاً في دعوى الشفعة في الميعاد المعين لها » (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الثاني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٧ رقم ١٢٧ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٣٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٢٨ - ١٢ مايو سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٢٩ .

وفيما يتعلق بالنقض ، لا بد من اختصاص الشفع والمشتري والبائع . سواء كان الطاعن هو الشفع أو المشتري أو البائع . فإذا كان الشفع هو الطاعن ، فلا بد من أن يوجه الطعن إلى كل من المشتري والبائع . وأن يعان كلا منهما بتقدير الطعن في الميعاد القانوني . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القانون قد أوجب على الشفع اختصاص المشتري والبائع كليهما معاً في دعوى الشفعة ، وإلا كانت غير مقبولة . وهذا الحكم يسرى على الدعوى في درجتي التقاضي الابتدائية والاستئنافية . ولما كان الطعن بالنقض مرحلة من مراحل الدعوى ينظر فيها من حيث الموضوع عند تصدى محكمة النقض له ، فإن اختصاص المشتري والبائع كليهما في الطعن يكون واجباً كذلك . ولا يغض عن هذا النظر ما جاء بالمذكورة الإيضاحية للقانون الصادر بإنشاء محكمة النقض من أن لرافع النقض الحرية في تعيين الخصوم الذين يراد إدخالهم في الدعوى دون إلزامه بتوجيه الطعن إلى جميع الخصوم في الحكم المطعون فيه . فإن هذا لا يمكن أن يفيد أنه في دعوى الطعن لا يكون الطاعن ملزماً باختصاص من لا تقبل الدعوى إلا باختصاصه . بل معناه أنه بعد مراعاة مقتضى الحال من اختصاص من يجب قانوناً اختصاصه في الدعوى ، يكون للطاعن أن يقصر الطعن على من يهمه بنقض الحكم في حقه . وعلى ذلك إذا لم تعلن البائعة في دعوى الشفعة بتقرير الطعن ، كانت دعوى الطعن بالنقض غير مقبولة . وللنيابة العامة أن تطالب الحكم بعدم

= لسنة ١٩٦٢). وبقيت المادة ٣٨٤ مرافعات كما هي تنطبق على جميع الدعوى ، بما في ذلك دعوى الشفعة التي تعتبر كما قدمنا دعوى غير قابلة للتجزئة ودعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين ، ولم يمس القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المادة ٣٨٤ مرافعات المذكورة بأي تعديل .

وإذا قضت محكمة أول درجة بسقوط الحق في الشفعة ، فإن الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم يطرح الدعوى بما احتوته من طلبات ودفع وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف . فلا يجوز لها ، في حالة إلغاء هذا الحكم ، أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها من جديد . ولا يغير من هذا الأمر أن يكون سند الحكم بسقوط الحق في الشفعة هو إعلان إعلان أحد الخصوم . وذلك لأن هذا الإعلان ليس هو الغاية من الدفع به . وإنما هو مجرد وسيلة للوصول إلى القضاء بسقوط حق المدعى في الشفعة ، على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع على البائع والمشتري وفقاً لما يتطلبه القانون ، ومن ثم فلا يصح النظر إلى هذا الإعلان مستقلاً عن الغاية من التمسك به والأثر المترتب عنه (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص ١٣٨٤) .

قبول الطعن ، بسبب عدم صحة اختصاص من لا يصح الطعن إلا باختصاصه (١) .
وقد استقر قضاء محكمة النقض على ذلك ، فقضت بأنه متى كان الطعن مرفوعاً
من أحد ورثة البائعة دون باقي الورثة الذين كانوا خصوماً في الاستئناف ، فإن
الطعن يكون غير مقبول شكلاً (٢) . وقضت كذلك بأن بطلان الطعن بالنسبة
إلى أحد البائعين يترتب عليه حتماً عدم قبوله شكلاً بالنسبة إلى باقي المطعون
عليهم (٣) . وإذا كان الواجب إعلان جميع المطعون عليهم بتقرير الطعن في

- (١) نقض مدني ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٢ ص ١٨٩ - وانظر محمد
كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١١ ص ٥٢٥ .
- (٢) نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ الحاماة ٣٤ رقم ١٨٩ ص ٤٣٥ .
- (٣) نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ الحاماة ٣٤ رقم ٢٨١ ص ٦٤٠ - وانظر أيضاً :
نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣ (لابد لقبول دعوى
الشفعة من اختصاص الشفع والمشتري والبائع ، سواء في أول درجة أرفى الاستئناف أرفى
النقض ، وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفع أو المشتري أو البائع .
فإن رفعها أحدهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم صاحبه ، قضت المحكمة ولو من
تلقاء نفسها بعدم قبولها ، إذ لاحكم إلا في دعوى ولادعوى بغير خصم . ذلك بأن الشفعة في
نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات مابين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع ،
فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون
صلته في تلك الحقوق بالشفيع . فهي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة ، كل منهم طرف
حقيقي ضروري فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة
بعضهم على بعض ، ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً . فدعوى الشفعة والمقصود بها إجراء
عملية هذا التحويل قضاء ، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك) - ٤ نوفمبر
سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٤ ص ٦٥٦ - ٢ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٨ ص
٧٨٧ (إذا كان اختصاص شخص معين في انطعن بالنقض لازماً لقبول ، كما هي الحال في دعوى
الشفعة التي يجب قيامها بين أطرافها الثلاثة ، واختصاصه الطاعن في تقرير الطعن ولكنه لم يعلنه
إليه إلا بعد فوات الميعاد المعين لذلك ، كان الطعن باطلاً بالنسبة إليه ، وكان إذن غير مقبول
لعدم اختصاصه) - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٩ ص ١٠١
(إذا كانت الطاعة وهي المشتري ، وإن كانت قد اختصت في طعنها الشفع والبائعين ، أعلنت
الطعن لأحد هذين البائعين بعد انقضاء الميعاد المحدد في القانون لمصلحة الإعلان ، فإن طعنها
يكون غير مقبول شكلاً ، لأن هذا البائع وقد أعلن إعلاناً باطلاً بعد الميعاد يكون غير مقبول
في الطعن) - وانظر أيضاً نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢١٣ -
٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٦١
مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٠ ص ٤٢٠ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض
١٤ رقم ٨٦ ص ٦١٦ .

الميعاد القانوني في عهد تقنين المرافعات السابق ، ففي عهد تقنين المرافعات الجديد وطبقاً للمادة ٣٨٤ من هذا التقنين السالف ذكرها ، إذا أعلن بعض المطعون عليهم بتقرير الطعن في الميعاد القانوني فإنه يجوز إعلان باقي المطعون عليهم بعد فوات هذا الميعاد ، ويكون الطعن في هذه الحالة مقبولا شكلا ، لأن دعوى الشفعة غير قابلة للتجزئة ولأنها من الدعاوى التي يجب أن يختصم فيها أشخاص معينون (١) .

٢٢٣- الحكم النهائي بثبوت الحق في الشفعة وتسجيل - نص قانوني :

تنص المادة ٩٤٤ مدني على ما يأتي :

« الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (٢) .

(١) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١ - على أن تقرير الطعن بالنقض يجب أن يبين فيه أسماء جميع الخصوم الواجب اختصاصهم ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى ، بأنه وإن كانت المادة ٣٨٤ مرافعات تنص على أنه إذا رفع الطعن من حكم صادر في دعوى يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين فيها كما هي الحال في دعوى الشفعة على أحد المحكوم لهم في الميعاد ، وجب اختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم ، إلا أن هذه المادة مقيدة في الطعن بطريق النقض بما أوجبه المادة ٤٢٩ مرافعات من أن الطعن بالنقض لا يكون إلا بتقرير يحصل في قلم كتاب المحكمة يبين فيه أسماء جميع الخصوم الواجب اختصاصهم . وإذن فمقتضى تبين أن تقرير الطعن قد خلا من اختصاص الباتمة ، فإنه يكون غير مقبول شكلا (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٤ ص ٥٥٢) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١١ ص ٥٢٦ - ص ٥٢٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١ - الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها . ٢ - ويسرى على تسجيل حكم الشفعة نص المادة ١٣٩٠ الخاصة بتسجيل إعلان الرغبة وما يترتب على هذا الإعلان . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية وعُدل حكم الفقرة الأولى بترك أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدني ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١٠١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق : م ١٨ - الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها .

م ٤/١٤ : ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه في المادة الثانية عشرة الآتي ذكرها . (وقانون الشفعة السابق -

ويخلص من هذا النص أنه إذا صدر حكم نهائي بثبوت حق الشفيع في الشفعة ، فإن هذا الحكم يعتبر سنداً للملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه ، فما هو المقصود بعبارة أن الحكم « يعتبر سنداً للملكية الشفيع » ؟ لقد اقتبس نص المادة ٩٤٤ مدني الذي وردت فيه هذه العبارة من المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ، إذ كانت هذه المادة الأخيرة تجرى على الوجه الآتي : « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . وقد عرضت محكمة النقض لتفسير عبارة « يعتبر سنداً للملكية الشفيع » الواردة في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ، فذهبت إلى أن المقصود « بسند الملكية » هو السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، لا دليل الملكية وحجيتها . ولا شك في أن عبارة « سند الملكية » تحتل المعنيين ، معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ومعنى دليل الملكية وحجيتها . وبحسبنا هنا أن ننقل بعض أسباب حكم لمحكمة النقض ، ناقشت فيه هذين المعنيين ، وأخذت بالمعنى الأول دون الثاني . قالت المحكمة : « وحيث إن الطعن مبناه أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تفسير المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الشفعة . . . أما خطأ الحكم في تفسير المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الشفعة فوجهه أن الحكم قد استند إلى هاتين

= يجعل المحكمة تسجل من تلقاء نفسها حكم الشفعة ، أما التقنين المدني الجديد فيجمل قانون الشهر العقاري هو الذي يصر ، فيتبع في تسجيل حكم الشفعة ، الإجراءات المقررة في هذا القانون) . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤١ : يثبت ملك الشفيع للمشفوع عند تنفيذ الحكم القاضي بالشفعة بالتسجيل في دائرة الطابو ، أو عند التسجيل في الطابو في حالة التراضي على الشفعة . (والتقنين العراقي ، طبقاً لأحكام الطابو أو السجل العقاري ، لا ينقل ملك العقار المشفوع فيه للشفيع إلا بالتسجيل في الطابو ، والذي يسجر هو الحكم القاضي بثبوت الشفعة أو سند التراضي على الشفعة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٢ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) . يثبت حق

الشفعة ويكتسب الشفيع حق التسجيل ، إما بتسليمه للعقار المشفوع برضا المشتري بعد دفع الثمن وتوابعه المبنية بالمادة ٢٤٩ ، وإما بحكم صادر لمصلحة الشفيع . (والقانون اللبناني ، طبقاً لأحكام السجل العقاري ، يجب تسجيل الحكم بالشفعة أو التراضي عليها في السجل العقاري ، حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع) .

المادتين في القول بأن حكم الشفعة ينشئ ملكية الشفيع ولا يقررها ، في حين أن التفسير الصحيح لهاتين المادتين لا يؤدي إلى ما استخلصته المحكمة منها . ذلك لأن المادة ١٨ تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، وهذا النص لا يفيد أكبر من أن حكم الشفعة هو دليل الشفيع على ملكية العين المشفوعة ، كما أن حكم القسمة هو دليل المتقاسم على ملكية ما اختص به في القسمة . أما سبب الملكية ، وهو غير دليالها ، فسابق على الحكم في كلتا الحالتين . . . والشفيع في ذلك شبيه بصاحب حق الاسترداد الوراثي ، والحكم له ، فيما هو مجمع عليه في فرنسا وفي مصر ، يقرر حقه ولا ينشئه ، وأثره لا يبدأ من يوم صدوره بل يرجع إلى يوم البيع الذي حل فيه المسترد محل المشتري وحيث إن الشارع إذا كان قد نص في المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع (titre de propriété) فإنه لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التي قضي بها ، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التي نصت على حجية الأحكام . بل الذي أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا (cause juridique) للملكية الشفيع ، كما أراد بنصر المادة ٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سببا قانونيا للملكية من رسا عليه المراد . وكما أراد بنصر المادة ٦٠٨ من القانون المدني اعتبار مجرد وضع اليد سببا صحيحا للملكية واطع اليد على المنقول . وكلمة سند (titre) التي وردت في هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية . ولم تجيء على معنى دليل الملكية أو حجيتها ، ومتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشأها ، فإن مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد الحكم . أما قبله فلا ، لأن السبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينبغي أن يذهب إلى الماضي ^(١)

ونقتصر هنا على تسجيل المعنيين المختلفين بمعنى عبارة « سند ملكية الشفيع » ، وعلى الإشارة إلى أن قضاء محكمة النقض قد استقر على الأخذ بأن السند معناه

السبب القانوني المنشئ للملكية الشفيع ، على أن نعود إلى مناقشة هذه المسألة فيما يلي (١) .

بقي تسجيل الحكم النهائي بثبوت الشفعة . وقد كان قانون الشفعة السابق يقضى في المادة ١٨ منه ، كما رأينا ، بأن « على المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٤ من التقنين المدني الجديد يقضى بنفس الحكم ، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص بأن تركزت « أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدني » (٢) . والقواعد المقررة في قانون الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ تقضى بأن « تتم إجراءات الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم » (م ٢٠ من قانون الشهر العقاري) . وعلى ذلك لا تقوم المحكمة من تلقاء نفسها بتسجيل حكم الشفعة كما كانت الحال في قانون الشفعة السابق ، بل يقوم الشفيع وهو صاحب الشأن في التسجيل مباشرة لإجراءاته (٣) . ويباشرها وفقاً للقواعد المقررة في قانون الشهر العقاري (٤) ، فيقدم طلب التسجيل للأمورية الشهر العقاري التي يقع العقار المشفوع فيه في دائرة اختصاصها (م ٢١ قانون الشهر العقاري) ، ويتم التسجيل في مكتب الشهر العقاري الذي تتبعه هذه الأمورية (م ٥ من قانون الشهر العقاري) .

(١) انظر فقرة ٢٢٩ .

(٢) انظر آنفاً ص ٦٩٥ هامش ٢ .

(٣) حتى قبل نفاذ التقنين المدني الجديد في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، كانت المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق التي تقضى بأن تسجل المحكمة من تلقاء نفسها حكم الشفعة قد عدلت بالمادة ٢٠ من قانون الشهر العقاري الذي أصبح نافذاً منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ، فأصبح الذي يقوم بتسجيل حكم الشفعة هو الشفيع صاحب الشأن في التسجيل ، ولا تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها . وكذلك كانت المادة ٤/١٤ من قانون الشفعة السابق التي تقضى بأن يكون تسجيل حكم الشفعة يتم في الجهة التي يتم فيها تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أى في المحاكم الوطنية والمحاكم المختلطة ، قد ألغيت ، لأن قانون الشهر العقاري وهو يلغى كل نص يخالف أحكامه (م ٦٠ من قانون الشهر العقاري) يقضى بأن يحصل التسجيل في مكتب الشهر العقاري الذي يقع العقار في دائرة اختصاصه (م ٥ من قانون الشهر العقاري) . ولذلك عند ما صدر التقنين المدني الجديد يقضى في المادة ٩٤٤ منه بأن يتم تسجيل حكم الشفعة «دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» ، إنما كان يقرر أمراً قد وقع بالفعل منذ نفاذ قانون الشهر العقاري . انظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٦٨ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٥٢ وما بعدها .

وإذا سائرنا محكمة النقص واعتبرنا حكم الشفعة منشأ للملكية الشفيع ، فإن تسجيل هذا الحكم يجرى تطبيقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري ، وتنص على أن « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل » . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » (١) . فقبل تسجيل حكم الشفعة ، لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى الغير . فإذا ما سجل الحكم ، انتقلت الملكية إلى الشفيع ، ويكون انتقالها من وقت التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو بين ذوي الشأن . للرأي الذي استقر عليه قضاء محكمة النقص في خصوص نفي الأثر الرجعي للتسجيل بين ذوي الشأن .

وإذا قلنا إن حكم الشفعة ليس منشأ للملكية الشفيع ، وإنما هو كاشف عن ثبوت حق الشفيع في الشفعة كما سيبيح (٢) ، شأنه في ذلك شأن سائر الأحكام تكشف عن الحق لا تنشئه ، فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم منشئ . كذلك لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم بتصرف ، ناقلًا كان هذا التصرف أو كاشفًا (٣) ، لأنه لا يقضي بحصول تصرف ما ، وإنما يقضي بحصول واقعة الشفعة وهي واقعة مركبة وليست تصرفاً محضاً كما سبق القول . وقد كان يحسن إفراد نص خاص في قانون الشهر العقاري يقضي بوجوب تسجيل حكم الشفعة حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع ، فيكون هذا النص هو الذي تشير إليه المادة ٩٤٤ مدني عندما تقول « دون إخلال بالتواعد المتعلقة بالتسجيل » . وقد تدارك قانون السجل العيني هذا النقص ، فأورد هذا النص الخاص وربط فيه ما بين تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بالشفعة ، فنصت المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه « يجب التأشير بإعلان الرغبة في الأخذ

(١) أنظر آندرس ٣٥٥ - وانظر حامد فهمي في نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية

مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى فقرة ٣٢ .

(٢) أنظر مايل ص ٧٢٦ .

(٣) قارن محمد حل مرة ٢ فقرة ٢١٥ ص ٥٣٤ .

بالشفعة في صحف الوحدات العقارية ، ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد في السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور « (١) . وما دام هذا النص لم يوجد في قانون الشهر العقاري ، فإن أقرب نصوصه إلى تسجيل حكم الشفعة هو النص القاضي بتسجيل « دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » (م ٢/١٥ من قانون الشهر العقاري) . فالحكم بالشفعة هو حكم يحاول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين المشتري والبائع . ولما كان عقد البيع هذا واجب التسجيل حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، ولما كان حكم الشفعة قد كشف عن أن الشفيع قد حل محل المشتري بالرغم من منازعة المشتري والبائع في ذلك ، فيكون حكم الشفعة هو حكم بأن التعاقد قد وقع للشفيع دون المشتري . فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد ، ولكن لا لمصلحة المشتري الأصلي بل لمصلحة الشفيع . ومن ثم وجب تسجيله كما يسجل الحكم بصحة التعاقد ، حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه بهذا التسجيل من البائع إلى الشفيع ، بدلا من انتقالها من البائع إلى المشتري . وكما أن الحكم بصحة التعاقد في بيع يجعل منه المشتري سندا يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، فيسجله فتنتقل إليه ملكية المبيع ، كذلك الحكم بالشفعة يجعل منه الشفيع سندا يغنيه عن عقد بيع يصدر له من البائع ، فيسجله فتنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه . وفي دعوى صحة التعاقد يسجل المشتري صحيفة الدعوى (٢) ، أما في دعوى الشفعة فلا يسجل الشفيع صحيفة الدعوى ولكنه يسجل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ويقوم تسجيل هذا الإعلان مقام تسجيل صحيفة الدعوى .

المبحث الثالث

آثار الأخذ بالشفعة

٢٢٤ - انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع - عمدة الشفيع

بالبائع والمشتري والمغير : يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ، على التفصيل الذي منبسطه

(١) أنظر آنفا ص ٣٥٥ هامش ٣ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٤٥ .

فيما يلي . ١. انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع إنما هو نتيجة لزوم
على حامل الشفع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين البائع والمشتري ،
فنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع دون المشتري بناء على هذا الحل .
وما دام الشفع قد حل محل المشتري ، فيتعين أن نحدد ، بعد أن يتم هذا الحل ،
علاقة الشفع بالبائع وعلاقته بالمشتري وعلاقته بالغير (١) .

فنبحث إذن المسألتين الآتيتين : (١) انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى
الشفع . (٢) علاقة الشفع بالبائع وبالمشتري وبالغير .

الطلب الأول

انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع

٢٢٥ - النفعة بالتراضي وبالنفاض سبب لحلول الشفع محل المشتري

فانتقال الملكية إليه دون المشتري : قدمنا أن النفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها
الشفوع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار
المشفوع به وهذه واقعة مادية ، يبيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية
بالنسبة إلى الشفع ، بإعلان الشفع إرادته في الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف
قانوني (٢) . فهذه الواقعة المركبة تشمل إذن على عناصر ثلاثة : الارتباط
ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وبيع العقار المشفوع فيه ،
وإعلان الشفع إرادته في الأخذ بالشفعة . ومتى تكاملت هذه العناصر الثلاثة ،
فقد قامت الشفعة سبباً قانونياً يحدث أثره . والأثر المباشر الذي يترتب على قيام

(١) أما علاقة البائع بالمشتري ، بعد أن يثبت حق الشفع في الشفعة ويحل الشفع محل
المشتري في عقد البيع المشفوع فيه ، فتلخص في أن هذا البيع فيما بين البائع والمشتري يعتبر
كأن لم يكن ، إذ يتحول من كونه بين البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفع .
ويترتب على ذلك أن المشتري لا يرجع على البائع بضمان الاستحقاق بحجة أن الشفع قد انتزع
منه العقار المشفوع فيه ، ولا يكون البائع مسؤولاً عن تعريض المشتري لهذا السبب ، إذ أن
البيع الذي كان قد تم بينهما قد زال واعتبر كأن لم يكن كما سبق القول (استئناف مختلط
١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٢ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٢ - وانظر

محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٨ ص ٤٥٩)

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١

الشفعة ؛ مستكملة لعناصرها الثلاثة ، هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم ما بين المشتري والبائع . فالمادة ٩٣٥ مدني تنص كما رأينا على أن « الشفعة رخصة تميز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشرط المنصوص عليها في المواد التالية » . وتؤكد المادة ١/٩٤٥ مدني ، كما سنرى ، أن الأثر المباشر للشفعة هو حلول الشفيع محل البائع بالنص على أن « محل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » .

ولما كان استكمال الشفعة لعناصرها الثلاثة المتقدمة الذكر كثيرا ما يكون محل منازعة بين الشفيع من جهة والمشتري والبائع من جهة أخرى ، فقد أراد القانون أن يقف عند دلالة قاطعة لانحسام هذا النزاع ، إما عن طريق تسليم المشتري باستكمال الشفعة لعناصرها وهذه هي الشفعة بالتراضي ، أو عن طريق حكم قضائي يحسم النزاع نهائيا وهذه هي الشفعة بالتقاضي . فالتراضي أو التقاضي ليس من شأنه أن يقيم الشفعة سببا لإنتاج أثرها ، بل هو مجرد فاض للنزاع والتدليل بوجه قاطع على أن الشفعة قد قامت فعلا مستكملة لعناصرها الثلاثة . ولم يطلب القانون في التراضي إلا تسليم المشتري بأن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة ، وأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة . أما في التقاضي فقد رسم القانون لدعوى الشفعة إجراءات خاصة وحدد لها مواعيد معينة تقدم بينها تفصيلا ، فإذا مارعاها الشفيع انتهى إلى حكم يقضي بثبوت حقه في الشفعة ، أي بتقرير أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة وأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة .

وسواء كان الدليل القاطع على أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة هو التراضي أو التقاضي ، فإن الشفعة تنتج أثرها المباشر ، وهو حلول الشفيع محل المشتري ، منذ أن تستكمل عناصرها الثلاثة التي تنتهي بإبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة . فتي أبدى الشفيع هذه الرغبة ، وأعلنها لكل من المشتري والبائع على الوجه الذي رسمه القانون والذي سبق أن بسطناه ، فقد حل الشفيع بحكم القانون محل المشتري في البيع المشفوع فيه ، وتحولت الصفقة ، بعد أن كانت بين البائع والمشتري ، إلى أن تكون بين البائع والشفيع . ويكون ذلك بطبيعة الحال منذ أن وجدت الصفقة ، أي منذ تمام البيع بين البائع والمشتري .

فالقانون ، متى استكملت الشفعة عناصرها الثلاثة ، محل الشفع محل المشتري ، ويجعل الشفع من المشتري منذ البداية ، ويخرج المشتري من الصفقة كأنها لم تنعقد له أصلا . ويبقى البيع قائما منذ أن انعقد ، ولكنه يكون يبيعا للمشتري فيه هو الشفع لا المشتري الأصلي . وينتج البيع آثاره فيما بين البائع والشفيع ، فيكون للشفيع حقوق المشتري وعليه التزاماته ، وذلك منذ أن انعقد البيع كما سبق القول ، لأن المشتري يخفى تماما ويعتبر كأنه لم يتدخل بتاتا في الصفقة (١) . وتنعقد الصلة مباشرة بين البائع والشفيع في نفس البيع الذي سبق أن تم ، فلا يكون المشتري وسيطا بينهما بعد أن خرج من الصفقة . وعلى ذلك يكون الشفع هو الدائن مباشرة للبائع بحقوق المشتري ، وهو المدين مباشرة للبائع بالتزامات المشتري (٢) .

ومن حقوق المشتري أن تنتقل إليه ملكية العين المباعة من البائع ، فننتقل إذن ملكية العقار المشفوع فيه مباشرة من البائع إلى الشفع . ولكن متى تنتقل ؟ ومتى محل الشفع محل المشتري ؟

٢٢٦ - متى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع ومتى محل

الشفيع محل المشتري - اختلف الآراء : هذا التجليل لطبيعة الشفعة الذي نقول به ، على بساطته وعلى تمثيه مع النصوص والحلول العملية المسلم بها في الشفعة ، ليس محلا لاتفاق الآراء .

ولو سلم به ، لأمكن القول دون تردد إن الشفع ، وقد حل محل المشتري ، تنتقل إليه ملكية العقار المباع في الوقت الذي كانت تنتقل فيه إلى المشتري لوبق

(١) استئناف مخطط ٦ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٢١ - ٧ أبريل سنة ١٩١٧ م

٢٩ ص ٣٧٢ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ -

(٢) ويصبح الشفع هو الخلف المباشر للبائع (استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م

١٤ ص ٣١٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٧

ص ٤٦٤) . فيكون في نفس مركز المشتري وب نفس الشروط ، وعلى ذلك يلتزم بما تمهده

به المشتري في عقد شرائه بأن ينشر في خلال سنة منزلا سكني على الأرض المبيعة وأن يحافظ

على الاستواء الحال وإلا فسخ البيع ، فقل هذا الشرط صحيح ولم يعتمد به التحايل لمنع الشفع

من استعمال حقه (استئناف مخطط ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠٤ - ١٦ ديسمبر

سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص ٤٦٥) .

هذا في الصيغة مشترياً ولم ينز عنها منه الشفع ، والمشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع إلا إذا سجل عقد البيع ، ويكون مالكا من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير أما فيما بينه وبين البائع ، فن وقت التسجيل أيضا وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، ومن تمام البيع وفقا للرأى الذى نقول به . وعلى ذلك يجب على الشفع ، حتى تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه من البائع ، أن يسجل السند الذى حل بالنسبة إليه محل سند البيع بالنسبة إلى المشتري ، وهو التراضى على الشفعة إذا تمت بالتراضى (١) أو الحكم بشوئها إذا أخذت بالتقاضى . فإذا

(١) هذا والتراضى الذى ينتج أثره فى إتمام الشفعة هو ذلك الذى يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفع رغبته فى الأخذ بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا الخصوص بأنه إذ نص المشرع فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى الجديد على أن يعلن الشفع رغبته فى الشفعة إلى كل من البائع والمشتري فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه ، لم يقصد أن يحمل من هذا الإنذار عرضاً يتعقد بوجبه عقد بين المشتري والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثانى إذا رد عليه بالقبول . وإنما أراد المشرع أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تنور فى شأن علم الشفع بالبائع المثلث للشفعة ، وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفع فى الأخذ بالشفعة فى حالة عدم إبداء رغبته فى خلال تلك المدة ، أو بدءاً لافتتاح إجراءات الشفعة فى حالة إبداء رغبته فى خلالها . أما التراضى الذى ينتج أثره فى إتمام الشفعة ، فهو ذلك الذى يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفع رغبته فى الشفعة (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ بمجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص ٤٦٣ : ويشير إلى حكم استئناف مصر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٤٦ فى القضية رقم ٧٤ سنة ٦٢ قضائية ، وفيها أعلن الشفع رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري بعد فوات ميعاد خمسة عشر يوماً . ولكن المشتري وقع هو والشفيع على أصل الإعلان إقراراً بأن المشتري قبل التنازل عن الصفقة للشفع لاستحقاقه لها . وبعد ذلك أذن المشتري الشفع بالمدول عن الإقرار وتمسكه بالصفقة . فرفع الشفع دعوى على المشتري يطالبه فيها بالأرض المبيعة ، ورفع المشتري الدعوى بأن الشفع لم يظهر رغبته فى الأخذ بالشفعة إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بالبائع فقضت المحكمة الابتدائية بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات العلم . ولما استأنف هذا الحكم ، قضت محكمة الاستئناف بأن الإقرار الذى وقعه المشتري والشفيع باستحقاق الشفع للشفعة هو تسليم الشفع بحقه فى الشفعة بالتراضى . وقد تعلق حق الشفع به ، فلا يملك المشتري ولا ورثته الرجوع فى هذا التسليم ، حتى لو ثبت أن الشفع لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة إلا بعد فوات الميعاد . ولذلك يكون الحكم الابتدائى ، إذ قضى بالتحقيق لإثبات العلم ، فى غير محله .

وإذا تم التراضى على الوجه المتقدم ، ثبت حق الشفع بهذا التراضى ، ولا بد من تسجيله حتى تنتقل الملكية إلى الشفع . ولكن حلول الشفع محل المشتري يكون فى هذه الحالة أيضاً ، -

سجل هذا السند انتقلت إليه الملكية ، كما كانت تنتقل إلى المشتري بتسجيل سند البيع . وتنتقل الملكية إلى الشفيع من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير ، أما فيما بينه وبين البائع والمشتري فتنتقل أيضا من وقت التسجيل وفقا لقضاء محكمة النقض . ومن وقت تمام البيع الذي حل فيه الشفيع مشتريا بحكم الشفعة وفقا للرأى الذى تقول به .

ولكن الآراء اختلفت فى هذه المسألة . وهى لم تختلف فى الواقع من الأمر فى وقت انتقال الملكية إلى الشفيع ، فهذا الوقت تحددته أحكام التسجيل لأحكام الشفعة . ولا خلاف فى أن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة (أو سند التراضى) ، وتنتقل إليه من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وإذا كان هناك خلاف فى أن الملكية تنتقل إلى الشفيع فيما بينه وبين البائع والمشتري ، إذا سجل الشفيع مسنده ، من وقت التسجيل أو من وقت البيع ، فهذا خلاف واقع لا فى أحكام الشفعة بل فى أحكام التسجيل . والخلاف الواقع فى أحكام الشفعة ، وهو الخلاف الذى نقصده هنا ، هو فى وقت حلول الشفيع محل المشتري ، لا فى وقت انتقال الملكية إلى الشفيع .

فهناك رأى يذهب إلى ما ذهبنا إليه ، ويقول إن الشفيع يحل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه (١) . وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الشفيع يحل

= فى رأينا ، من وقت البيع لا من وقت التراضى ولا من وقت إبداء الرغبة . وإذا قام نزاع فى شأن هذا التراضى ورفضت دعوى بهذا النزاع ، فإن هذه الدعوى لا تكون دعوى شفعة تراعى فيها مواعيدها ، لأن الشفعة تمت بالتراضى لا بالتقاضى ، وإنما تكون دعوى نزاع عادية تخضع للأحكام العامة فى الدعاوى (استئناف مخطط ١٣ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ٣٧٥) . وفى حالة التراضى على الشفعة ، يكون سبب كسب الشفيع لملكية العقار هو الشفعة لا بيع يتم بهذا التراضى ، ولذلك لا تجوز شفعة جديدة فى هذا التراضى (شفيع شحاته فقرة ٢٧٨) .

(١) استئناف وطنى ١١ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٦٠ من ١٣٠ (وقد جاء فى أسباب هذا الحكم : وحيث إن الشفعة تثبت بالطلب المستوفى لشرائطه عندئذ ، متى ثبتت انقضاء البيع للمشتري وحل الشفيع محله ، وأصبح العقار المشفوع فيه ملكاً له من يوم البيع ، ولذلك تسقط جميع الحقوق المبنية التى يكون قد قرررها عليه المشتري . وحيث إن الحكم بها لشفيع ليس عبارة إلا عن تقرير صحة الطلب وإلزام الشخص من النتائج القانونية المترتبة عليها ، فهو من الأحكام المبنية للحقوق لا المنشئة لها) . وقضى أيضاً فى مهاد التقنين المثل السابق بأن التواعد الثانوية تنقضى بأن الأحكام مطلقة ومقررة لحقوق وثبوتها =

محل المشتري من وقت إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من المشتري والبايع (١) . وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت رفع دعوى الشفعة (٢) . ولكن الرأي الذي يستوقفنا طويلاً هو الرأي الرابع الذي استقر عليه قضاء محكمة النقض وتابعها فيه جمهور الفقهاء (٣) ، ويذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه في الشفعة (أو من وقت التراضي) ، فإن هذا الحكم طبقاً لهذا الرأي يعتبر

= لاموجدة لها ، بمعنى أن الحق الذي قضى للشخص به يعتبر أنه مكنسب له من يوم وجوده لا من يوم القضاء له به . وعلى هذه القاعدة يكون الشفيع الذي طلب أخذ العقار بالشفعة مالكا لهذا العقار من يوم حصول البيع ، وهذا يوافق ما نص عليه في مذهب الإمامين مالك والشافعي من ثبوت ملك الشفيع بمجرد الطلب بعد معرفة الثمن والمبيع وتولم يعلم المشتري أو يستلم الثمن ، وعلى ذلك جاز للورثة تجديد المطالبة بالشفعة (استئناف وطني ١٥ مارس سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٦١) - وانظر على زكي الرازي فقرة ١١٣ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٢٥ .

(١) ويترتب على ذلك أنه إذا استمر المشتري واضعاً يده على العقار المشعور فيه بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فإنه يكون مثولاً عن الثمار قبل الشفيع من يوم الإعلان إلى يوم التسليم ، بعد خصم المصروفات وأتعاب الإدارة وفوائد ثمن المبيع من يوم الإعلان إلى يوم دفع الثمن (استئناف وطني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٥ ص ٢٩٧ - استئناف مخطوط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٢) . وانظر أيضاً حسن كبيرة ص ٢٢ - ص ٢٣ (ويذهب إلى أن حق الشفيع يثبت بمجرد إعلان رغبته في طلب الأخذ بالشفعة ، ولكنه يشترط تسجيل هذا الإعلان حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع وحتى يكون هذا مستحقاً للثمار) . وانظر أيضاً أنور سلطان في مجلة الحقوق ٢ ص ٦٩٩ - وانظر أيضاً في أن الملكية تنتقل إلى الشفيع من وقت تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة : استئناف مخطوط ٣١ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٠ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٧ .

(٢) محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٣ (ويقول بأن حكم الشفعة يرتد بأثر رجعي إلى الوقت الذي يستكمل فيه الشفيع إجراءات الشفعة وفقاً لنصوص القانون ، إذ أنه عندئذ فقط يمكن القول بأنه كسب مركزاً قانونياً يستند إليه حقه في تملك العقار المشعور) .

(٣) محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٤٨٣ - شفيق شحاته فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ - عبد-الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٧٦ ص ٣٨٥ - عبد النعم البدراوي فقرة ٤٥٩ و فقرة ٤٧٠ ص ٤٨١ - إسماعيل غانم ص ٩٦ - عبد المنعم ترميز الفسحة فقرة ٣٢٩ ص ٥٠١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٢ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٠ .

منشأ لحق الشفيع لا كاشفا عنه (١) . وقد كنا أشرنا إلى هذا الرأي فيما قدمناه في تفسير عبارة أن حكم الشفعة « يعتبر سندا للملكية الشفيع » (م ٩٤٤ مدني) (٢) ، والآن نتولى بسط الرأي بالتفصيل ، وننظر فيه بعد ذلك نظرة تقديرية .

٢٢٧- رأي محكمة النقض - محل الشفيع محل المشتري من وقت صدور

الحكم له بثبوت حقه في الشفعة لانه هذا الحكم منتهى طول الشفيع لا كاشف

عنه : وقد استقر قضاء محكمة النقض ، كما قدمنا ، على أن الشفيع محل محل المشتري من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه في الشفعة ، وبأن حكم الشفعة منتهى لحق الشفيع لا كاشف عنه ، فلا يعتبر العقار المشفوع فيه إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم . وقد أصدرت في عهد قانون الشفعة السابق حكما أساسيا في هذه المسألة سبقت الإشارة إليه (٣) ، وقضت فيه بأنه إذا كان حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المذوغ ، فإن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع في غير حالة التراضي إلا بالحكم النهائي للقاضي بالشفعة . ولا سند في القانون لدعوى الشفيع ببيع العين عن المدة السابقة للحكم ، ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة لإثر

(١) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٤ - ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٠ - وكانت محكمة الاستئناف الوطنية بدوائرها المجتمعة قد قضت ، قبل محكمة النقض ، بأن حكم الشفعة ناقل للملك لا مقرر له ، وبأن العقار المشفوع فيه يبق ملكا للمشتري إلى أن يصدر الحكم بالشفعة . وقد جاء في أسباب حكمها ما يأتي : « وحيث إن الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الفراء ، وقال الفقهاء فيها إنها تملك بالتراضي أو بقضاء القاضي دفعا لاحتمال الضرر ، أي أن الشفيع لا يعد مالكا للعقار إلا بناء على تراضيه مع المشتري على أن يتنازل له عما اشتراه لئلا يملك من حق الشفعة أو بحكم القاضي ، وحيث يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف التي يكون المشتري قد صرفها في سبيل هذا الشراء . وحيث إنه بناء على هذا المبدأ يكون حكم الشفعة ناقل للملك وليس مقرر له ، وللشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغله لنفسه حتى يدفع له الشفيع الثمن والمصاريف بناء على اتراضي أو حكم القاضي . وحيث إنه متى سلم بأن العين تعتبر ملكا للمشتري إلى حكم القاضي ، فليس من المسم به إلزام الشفيع بإبداع المبلغ بالخزانة وتمطيله زمنا بغير استغلال وبغير مسئولية على المشتري الذي له حق الانتفاع بشرة العين مادام النزاع قائما قصر أرمال » (محكمة الاستئناف الوطنية الترائر المجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

رفضه . ذلك بأن الشارع ، إذ نص في المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، إنما أراد بالسند السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، لا دليل الملكية أو حجيتها . ومقتضى هذا النظر أو لازمه أن المشفوع لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضي . ولا يفيد أن لحكم الشفعة أثرا رجعيا ما جاء في المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيد بحق المشتري في البناء والغراس في العين المشفوعة ، ولا ما جاء في المادة الثانية عشرة قاضيا بأنه لا يسرى على الشفيع كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة ، فإن الشارع المصرى إنما أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية ، وهى مخرجة فيه لا على فكرة الأثر الرجعى بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتى المشتري والشفيع . وكذلك لا يتعارض القول بتملاك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه في المادة الثالثة عشرة من جلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، ولا مع ما نص عليه فيها من أن الشفيع ليس له في حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع ، فإن هذا لا يعين أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت طلب الشفعة (١) . وصدر بعد ذلك حكم آخر ، في ظل قانون الشفعة السابق ، يؤكد معنى الحكم الأول ، ويقضى بأن المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم نصت على أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، ومن مقتضى هذا النص أن العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة ، إذ هو سند تملكه . وينبنى على ذلك أن يكون ربيع هذه العين من حق المشتري وحده عن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم . ولا يكون للشفيع حق فيه إلا ابتداء من هذا التاريخ فقط . حتى لو كان قد عرض الثمن على المشتري عينا حقيقيا أو أودعه على ذمته خزانة المحكمة إثر رفضه . وبذلك لا يكون هناك محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستثنائى بعد أن

(١) نفس سطر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ١٢٠ .

كان قد رفضها الحكم الابتدائي وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم الاستثنائي ، إذ العبرة في الحالتين بالحكم النهائي سواء أكان ملغياً أم مؤيداً للحكم الابتدائي (١) .

ولم تعدل محكمة النقض عن هذا المبدأ الذي قررته من أن حكم الشفعة منتهى لا كاشف ، حتى بعد أن صدر التقنين المدني الجديد وأوجب على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . فقضت ، في عهد التقنين المدني الجديد ، بأن قضاء محكمة النقض قد استقر في ظل أحكام دكريتو ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة ، على أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها ، وأن هذه الملكية لا يرتد أثرها إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة . ولم يعدل القانون المدني الجديد شيئاً من أحكام ذلك الدكريتو في هذا الخصوص . فجاء نص المادة ٩٤٤ مطابقاً لنص المادة ١٨ من الدكريتو من أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع ، وانتهى المشرع إلى ترك الأمر في تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدني الجديد . وعلى ذلك لا تنتقل الملكية للشفيع ، في ظل القانون المدني الحالي ، إلا من

(١) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٤ ص ٢٩٥ - ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص ٥١٦ : وقد طاق هذان المكان أيضاً قانون الشفعة السابق .

فإذا صدر حكم نهائي يقضى بالشفعة ، ثم نقض هذا الحكم ، اعتبر كأن لم يكن ، وسقطت جميع الآثار التي ترتبت عليه ، ومنها نقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن نقض الحكم القاضي بالشفعة يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن ، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض ، ويقتضي ذلك سقوط جميع الآثار التي ترتبت عليه ، وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجراءات تنفيذاً له ، وبالتالي يتعين رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار نتيجة له . وليس يجب رد الأصل فحسب ، بل يجب أيضاً رد فوائد النقود وثمار العقار . وتجب هذه الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار ، لأن هذا الإعلان لتضمنه معنى التكاليف باخضور لسباع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه - منذ حيازة الحائز - ولاحتوائه على بيان عيوب هذا السند ، يكون له مثل ما رتبته القانون في المادة ٢/٩٦٦ مدني على إعلان صحيفة الدعوى من أثر في زوال حسن نية الحائز (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص ٥١٦) .

تاريخ الحكم بالشفعة (١) . وأكدت المحكمة ، في حكم نال للحكم المتقدم ، المبدأ الذي أخذت به حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد ، إذ قضت بأن المشرع ، عندما نظم أحكام الشفعة في التقنين المدني الجديد ، انتهى إلى ترك الأمر في تحديد تاريخ بدء ملكية الشفع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع . فجاء نص المادة ٩٤٤ منه مطابقاً في هذا الصدد لنص المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم التي كانت تنص على أن « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفع ، ومؤدى هذا ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفع إلا بعد هذا الحكم . أما ما أورده القانون في المادة ٩٤٢/٢ من إلزام الشفع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ،

(١) نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٧٩٨ - وقد جاء في أسباب هذا الحكم في خصوص الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد وفي خصوص وجوب إيداع الثمن : « ولا يجدي الطاعن ما ذكره من أن الأعمال التحضيرية لقانون المدني تشير إلى اتجاه المشرع إلى تقرير حق الشفع في الملكية من تاريخ عقد البيع أو تاريخ تسجيل طلب الشفعة ، لأنه يتبين من المناقشات في لجنة بحث مشروع القانون حول المادة ٩٤٥ أن البحث اتجه إلى أفضلية النص على الوقت الذي يعتبر فيه الشفع مالكا ، واستمرضت الآراء المختلفة للفقهاء والقضاء في هذا الخصوص بين مؤيد لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة وبين معارض له . كما تناول البحث ملكية ثمرات العقار في الفترة بين البيع والحكم بالشفعة ، ولكن الأمر انتهى إلى بقاء نص المادة ٩٤٥ والمادتين ٩٤٤ و ٩٤٧ على ما كانت عليه في مشروع القانون . أما العبارة التي وردت بالمذكرة الإيضاحية للقانون تعليقا على المادة ٩٤٧ من أن الرأي أن الشفع يحل محل المشتري في الصفقة ويملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشتري كأن لم يملك أصلا ، فهي عبارة لا تخرج عن أن تكون رأياً شخصياً لواضع المذكرة ، لتناقضها مع نص المادة ٩٤٤ التي قررت أن الحكم بالشفعة هو سند ملكية الشفع . ويخلص من ذلك أن المشرع انتهى إلى ترك الأمر في تحديد ملكية الشفع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدني الجديد . ولا جدوى في هذا الصدد من التحدث عن قاعدة رجعية منشئة كانت أو مقررة ، مادام أن المشرع قد عدل عن أعمال هذه القاعدة في خصوص الحكم الصادر بالشفعة بما مضى عليه في المادة ٩٤٤ . كما أن ما أورده القانون في المادة ٩٤٢/٢ من إلزام الشفع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يتم عن رغبة المشرع في العودة إلى رأي القائلين بارتداد ملكية الشفع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، بدليل أن المادة ٩٤٤ التي جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قد أفسحت عن رأي المشرع في اختيار حكم الشفعة هو المنشئ ملكية الشفع » (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٨٠٤ - ٨٠٥) .

فلم يقصد به تغيير الوضع ، وهو لا ينم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة . وإنما كان ذلك تمهيدا مع اتجاهاه في التضييق من حق الشفعة ، وضمانا لجدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدر الحكم له في الشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه للربع ابتداء من تاريخ إبداء الثمن . أما النص في المادة ٩٤٥ من القانون المدنى الجديد على حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، فهو نص لم يستحدث حكما جديدا ، بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم . وهو لا يفيد اعتبار الشفيع الذى حكم له بطلبه حالا محل المشتري في الربع منذ قيام الطلب . إذ اعتباره كذلك ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشتري ، الأمر الذى يتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منشىء لا مقرر لحق الشفيع ، مما يمنع معه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائيا بالشفعة (١) .

٢٢٨ - الحجة التى استندت إليها محكمة النقض فى القول بأنه الحكم بالشفعة منشىء لحق الشفيع : وقبل أن ننظر نظرة تقديرية فى قضاء محكمة النقض الذى استقر على أن الحكم بالشفعة منشىء لحق الشفيع ، تستعرض الحجة التى استندت إليها المحكمة للقول بذلك .

والحجة الرئيسية التى استندت إليها المحكمة ، والتى رددتها فى كثير من المواطن ، هى تفسيرها للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (المطابقة للمادة ٩٤٤ من التقنين المدنى الجديد) ، وهى تنص على أن « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع » . فالمشرع لم يرد بهذا النص ، على ما تقول محكمة النقض ، « أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التى قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التى نصت على حجية الأحكام . بل الذى أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا (cause juridique) ، لملكية الشفيع ، كما أراد بنص المادة

(١) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦ .

٥٨٧ من قانون الرافعات اعتبار حكم البيع سبباً قانونياً للملكية من رسا عليه الزاد ، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني اعتبار مجرد وضع اليد بها صحيحاً للملكية وانضم اليد على المنقول . وكلمة سند Titre التي وردت في هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانوني المُنشئ لحق الملكية ، ولم تجيء على معنى دليل الملكية أو حجيتها . ومعنى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفعين ومنشأها ، فان مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفعين إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشأً للحقوق لا ينسحب على الماضي ، (١) .

ثم ترد المحكمة بعد ذلك على حجة من الاعتراضات وجهت إلى ما ذهب إليه من رأى ، وتلخص هذه الاعتراضات والردود عليها فيما يلي :

أولاً - ما جاء في المادة ١٠ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٦ مدني جديد) من تقييد حق المشتري في أن يبني وأن يغرس في العين المشفوعة ، وما جاء في المادة ١٢ من نفس القانون (م ٩٤٧ مدني جديد) من عدم مريان تصرفات المشتري في العين المشفوعة في حق الشفعين إذا صدرت بعد تسجيل طلب الشفعة . فلو كان المشتري قد بقي ما لكا حتى صدور الحكم بالشفعة ، كما هو مقتضى ما نذهب إليه محكمة النقض ، لما وردت هذه القيود على حق ملكيته قبل صدور الحكم بالشفعة ما دام هذا الحق يبقى قائماً إلى وقت صدور الحكم . وتنكر محكمة النقض أن تكون هذه القيود نتيجة ترتبت على زوال ملكية المشتري بأثر رجعي إذا صدر الحكم بالشفعة ، فان المشرع لم يرد أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعي ، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل

(١) نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٥ - وتقول محكمة النقض أيضاً في هذا الصدد : «وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب الرأى إذ قال - تأسيساً على المادة ١٨ من قانون الشفعة - إن هناك فرقاً بين حق طلب الشفعة وحق الشفعة بها ، وإنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ ، فان الحق الثاني لا يرجع إلا بقبول المشتري أو القاضى نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقررأ لحق الشفعين في طلب الأثر ، منشأً لهذا الأثر في حلول الشفعين محل المشتري على ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة » (س الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩) .

المشتري مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة ، ويجعل في الوقت نفسه الشفع ما لكا تحت شرط توفيقى هو الحكم له يطلبه ، بحيث إذا صدر هذا الحكم وتحقق الشرط الفاسخ للملك المشتري والموقف للملك الشفع ، زالت ملكية المشتري واعتبرت كأن لم تكن ، واعتبر الشفع ما لكا منذ إعلان طلبه . وهذا تقدير غير مقبول ، لأن حق الشفع الذى سينولد عند البيع هو حق متعلق بعقار jus ad rem لا حق ملكية ، وهو لا يخول صاحبه إلا مداعاة المشتري بدعوى شخصية . ثم إن الأصل فى التصرفات التنجيز ، والتعليق يثبت بعارض الشرط . والتعليق بالشرط لا يكون إلا فى الالتزامات الاتفاقية . وإذن فلا يمكن أن يثبت للمشتري - الذى اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقترن به ثم سجل عقده - إلا حق ملكية تامة ناجزة تبقى له إلى أن تزول عنه بسبب من الأسباب التى تؤدى إلى هذا السوال . أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة إلى ملكية معلقة لمجرد أن البيع الذى كان علة لها قد ولد حقاً لمن قام به سبب من أسباب الشفعة ، فذلك لا يتأتى قانوناً (١) . ثم تبين المحكمة المصدر الذى اشتقت منه هذه الأحكام فتقول إن « الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين (١٠ و ١٢ من قانون الشفعة السابق) جملة من فقه الحنفية » (٢) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ .

(٢) وتبين المحكمة ذلك فيما يأتى : « فقد كان رأى عند أبى يوسف أن الشفع ليس له حق تكليف المشتري بهدم البناء وقلع الشجر ، لكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافاً إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين على الأرض . ووجه هذا رأى أن المشتري لم يكن فى بنائه ولا فى غرسه متدياً ، لأنه إنما غرس وبنى فى ملكه . فإذا أراد الشفع أخذ ملكه جبراً عنه ، وجب ألا يترتب على ذلك ضرر . وليس فى أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما ، لأن الشفع يأخذ مازاد فى الأرض بقيمته والمشتري قد عوض عنه بهذه القيمة ، وإذا كان فى إلزام الشفع بأخذ شئ قد لا يرغب فيه بعض ضرر ، فهو أدنى من ضرر المشتري حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتها مقلوعين ، وعند تعارض الضرر يحتمل الأقل . وكان الرأى عند أبى حنيفة أن الشفع بالخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعاً ، وإن شاء أجبر المشتري على القلع . ووجه هذا رأى أن المشتري كان عليه أن يترتب إلى أن يفصل فى أمر الشفعة ، وإذا لم يفعل وبنى وغرس فى عين تعلق بها حق غيره ، لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر . وقد وقف الشارع المصرى بين هذين الرأين . فأخذ بالثانى فى الحال التى يكون فيها البناء أو الغراس ببلد الطلب ، لأن المشتري يكون قد أقدم على البناء أو الغراس وهو يعلم أن البين قد تؤخذ منه ، فإن كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجانى على -

ثانياً - ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدني جديد) من حاول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع . فيستخلص من هذا الحلول أن المشتري يختفي من الصفقة ويحل محله الشفيع ، وكأن الشفيع لا المشتري هو الذي تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع ، فينشأ حق الشفيع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة . وترد محكمة النقض على ذلك بأن حلول الشفيع محل المشتري في وقت سابق على صدور الحكم بالشفعة « لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محل المشتري ، وهو تقدير يتنافى مع ما تقرر من قبل من أن حكم الشفعة منشيء لا مقرر لحق الشفيع ، لأن لازم كونه منشئاً ألا تتصل العين المشفوعة بملك الشفيع إلا بعد الحكم . ولما كانت ملكية الشفيع لهذه العين هي جوهر الحق الذي يحل فيه المشتري ، وكان إسناد هذه الملكية للشفيع قبل الحكم له بالشفعة ممتنعاً ، فإن حلوله فيها

= نفسه . وأخذ بالرأى الأول إذا كان البناء أو الفراس قبل الطلب ، لأنه عسى أن يكون المشتري غير متوقع الطلب بالشفعة ، ثم هو يتصرف في ملكه . كذلك استمد من هذا الفقه نفسه مآشرع من أحكام للتصرفات القانونية في هذه العين . إذ المقرر في الفقه الخنفي أنه إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ، ثبت ملك المشتري في المبيع ، ولا ترفعه مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة ، وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع ، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبراً عن المشتري إذا رغب في ذلك وأنفذ تلك الرغبة . وهذا الحق لا يحول بين المشتري وبين التصرف في ملكه . لا فرق في ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها ، فتعتبر تصرفاته نافذة من وقت تمامها . لكنها مع ذلك تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع ، إذ يكون له في هذه الحال أن يعضي هذه التصرفات وأن يفسخها ، بناء على أن المشتري قد تصرف فيما تعلق به حق غيره ، فلا ينفذ تصرفه منماً للإضرار بالشفيع . وهذا الذي قرره علماء الحنفية قد أجرى الشارع المصري حكمه في المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة على ما صدر من المشتري من تصرفات في العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة ، لأن الشارع ، وقد أوجب تسجيل هذا الطلب ، كان خليفاً بأن يجعل هذا التسجيل شرطاً لحق الشفيع في نقض تصرفات المشتري . ومن هذا يبين أن الفقه الخنفي هو مصدر قانون الشفعة فيما شرعه من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة . ولما كان هذا الفقه لا يعرف الأثر الرجعي ولا الاستناد ، أي ثبوت الحكم في الحال مستنداً إلى ما قبله ، إلا في تصرفات الفضول إذا أجيئت وغيرها مما لا يدخل في باب التعليقات ، وكانت هذه الأحكام بناء على ذلك يخرجها فيه لا على فكرة الأثر الرجعي بل على فكرة العدل واليعة عن الغور والتوفيق بالفدر المستطع بين ما تعارض من مصلحتي المشتري والشفيع ، فإن القول بأن الشارع المصري - الذي أخذ هذه الأحكام معلونة بملاتها الفقهية - قد دل بما شرعه منها على جعل حكم الشفعة ذا أثر

قبل الحكم بالشفعة يكون ممتنعاً أيضاً « (١) . ويعنى ذلك أن حلول الشفيع محل المشتري إنما يكون لامند إبرام البيع ولا مند طلب الشفعة ، بل مند صدور الحكم بالشفعة ، إذ أن هذا الحكم هو الذى ينشئ حق الشفيع وهو سند ملكيته أى مصدرها .

ثالثاً - ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (الفقرة الأخيرة من المادة ٩٤٥ مدنى جديد) من أنه « إذا ظهر من الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . فرجوع الشفيع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق يفيد أن الصلة انعقدت بينهما مند إبرام البيع ، وحل الشفيع محل المشتري فى هذا الوقت . ولو كانت الصلة لم تنعقد بين الشفيع مند إبرام البيع ولم يحل الشفيع محل المشتري إلا من وقت صدور الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض ، لبقى المشتري فى الصفقة يتوسط بين البائع والشفيع من وقت إبرام البيع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة ، ولتلقى الشفيع الملكية عند صدور هذا الحكم من المشتري لا من البائع ، ولكان رجوعه المباشر بضمان الاستحقاق على المشتري لا على البائع . وترد محكمة النقض على ذلك بأن « الشفيع ، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق ، إنما يستعمل حقاً من حقوق المشتري الذى حل محله ، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه ، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق . وعلى ذلك فلا تعارض بين نفي الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكا إلى يوم هذا الحكم ، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري » (٢)

= رجعى ، يكون قولاً ظاهر الفساد « (نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٨) . ثم تقول المحكمة أيضاً فى هذا الصدد : « كذلك لا تعارض بين عدم اعتبار المشتري مالكا إلا يوم الحكم بالشفعة وبين ما جاء من أحكام فى الفقه الإسلامى خاصاً ببناء المشتري أو غرسه فى العين المشفوع ، لأن هذه الأحكام ليس مبناهما عند الحنفية اعتبار المشتري غاصباً ، كما زعم الطاعن فى الوجه الأخير من وجوه الطعن ، بل مبناهما اعتبار المشتري خائناً ببنائه أو غرسه فى ملكه الذى تعلق به حق الشفيع » (نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٨ .

(٢) نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ .

رابعاً - ما هو مقرر في شأن حق الاسترداد وهو مماثل لحق الشفعة ، فالمسترد لخصه شائعة محل محل المشتري لهذه الحصة منذ إبرام البيع الذي حصل بسببه الاسترداد ، وكذلك الشفعيع ينبغي أن يحل محل المشتري منذ إبرام البيع المشفوع فيه ، لا منذ الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض . وترد المحكمة على ذلك بأنه إذا كان العمل قد جرى في فرنسا في خصوص حق الاسترداد الوراثي بأن محل المسترد محل المشتري منذ إبرام البيع لا منذ صدور حكم الاسترداد ، « فذلك لأن الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشأ لحق المسترد ، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشأ لحق الشفعيع » (١) .

خامساً - ما هو مقرر كبداً عام من أن الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها ، فكذلك حكم الشفعة يكشف عن حق الشفعيع لا ينشئه . وترد المحكمة على ذلك بقولها « أما قول الطاعن بأن اعتبار المشتري مالكا إلى يوم الحكم بالشفعة فيه افنيات على القاعدة التي تقضى بأن الأحكام مقررة لا منشئة للحقوق ، فرده أن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشأ لحق الشفعيع كما جعل حكم البيع منشأ لحق الراي على المزداد ، فكان النزول على حكم الشارع واجبا لا معدى عنه » (٢) .

سادساً - ما استظهر من أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الحنفي نفسه من أنها ليست متفقة على أن القضاء بالشفعة للشفعيع هو الذي ينشئ حقه في الشفعة ، وأن الفقه الإسلامي على كل حال لا يقيد القضاء المدني ، فلا محل للاستناد إلى هذا الفقه في القول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفعيع كما تقول محكمة النقض . وترد المحكمة على ذلك بأن الحكم المطعون فيه والذي رفضت محكمة النقض الطعن في شأنه « لم يقم قضاءه على رأي الحنفية فيصح النعي عليه بأن هذا الرأي ليس مجمعا عليه عندهم وأنه على فرض الإجماع عليه لا يقيد القضاء المدني ، بل أقام قضاءه على ما استمدده استمداد صحيحا من نصوص المادتين ١٨ و ١٣ من قانون الشفعة » (٣) .

(١) نفس الحكم بمجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٨ .

(٢) نفس الحكم بمجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٣٠ .

(٣) نفس الحكم بمجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ .

سابعاً - ما احتج به من أن الشفيع يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، فتأخير تملكه العقار المشفوع فيه إلى وقت صدور الحكم بالشفعة على ما تذهب إليه محكمة النقض يحرمه من ريع العقار من وقت إيداع الثمن إلى وقت صدور الحكم لأنه لا يكون ما لك للعقار في هذه الفترة ، فيجتمع عليه الحرمان من الربيع والحرمان من استغلال الثمن الذي أودعه خزانة المحكمة . وترد محكمة النقض على ذلك في عهد قانون الشفعة السابق ، وكان هذا القانون لا يلزم الشفيع بإيداع الثمن ، بأن الشفيع لا حق له في الربيع إلا من وقت صدور حكم الشفعة الذي ينشئ حقه ، ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثر رفضه ، لأنه ما كان ليصبح مديناً بالثمن . شترى بمجرد طلب الشفعة ولا كان ملزماً قانوناً بعرضه ولا بإيداعه ، فإذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزمه به القانون فهو وشأنه . على أنه ليس له أن يتوسل بفعله إلى حرمان المشتري من حقه ، (١) .

ثم لما صدر التقنين المدني الجديد يلزم الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى ، لم تغير محكمة النقض موقفها ، وإنما عدلت الرد على الاعتراض المتقدم الذكر في حكمين طبقت فيها أحكام التقنين المدني الجديد . فقالت في الحكم الأول : « كما أن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا ينم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، بدليل أن المادة ٩٤٤ التي جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قد أفصحت عن رأى المشرع في اعتبار حكم الشفعة هو المنشئ لملكية الشفيع » (٢) . وقالت في الحكم الثاني : « أما ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فلم يقصد به تغيير الوضع . وهو لا ينم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى

(١) نفس الحكم بمجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٣٠ .

(٢) 'نقض منذ ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٨٠٤ -

القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، وإنما كان ذلك تمثيلاً مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة وضماناً للحدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدر الحكم له في الشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه الربيع ابتداء من تاريخ إيداعه الثمن » (١) .

٢٢٩ - نظرة تفديرية للمعجم التي استندت إليها محكمة النقض : لاشك

في أن الحكم الصادر من محكمة النقض في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، والذي استخدمنا الأسباب الواردة فيه لبيان الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في تقرير أن حكم الشفعة منسئء لحق الشفيع (٢) ، هو الحكم الأساسي الذي صدر من المحكمة في هذه المسألة الهامة . والأحكام التي تلت هذا الحكم إنما ترددت الحجج التي وردت فيه أو تلخصها . وحتى الأحكام التي صدرت بعد صدور التقنين المدني الجديد مطبقة لأحكام هذا التقنين في الشفعة ، هي أيضاً ، كما رأينا (٣) ، لم تعدل عن المبدأ الذي قرره هذا الحكم ، بل والتزمت حججه وصارت هي الأخرى ترددها . ولم تزد عليها إلا الرد على ما استحدثته التقنين المدني الجديد من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، وإلا استعراض مناقشات اللجنة التي قامت بوضع مشروع نصوص الشفعة في شأن تحديد الوقت الذي يعتبر فيه الشفيع مالكا وما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص (٤) .

وهذا الحكم الأساسي الذي أصدرته محكمة النقض لاشك في أنه حكم قوى الأسلوب ، ولكنه يخفى تحت قوة الأسلوب ما يصح أن يكون محلاً للنظر من ناحية المنطق القانوني .

فالحجة الرئيسية التي استندت إليها هذا الحكم هي ، كما قدمنا (٥) ، تفسيرها للعبارة التي وردت في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق من أن حكم الشفعة

(١) نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٣٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٧ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٧١٠ هامش ١ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

« يعتبر سنداً للملكية الشفيع » . وإلى هذه الحجة ترد أكثر الحجج الأخرى ،
فنبدأ بالنظر فيها . ونحن نسلم مع محكمة النقض أن التقنين المدنى الجديد لم يستحدث
جديداً فى المسألة التى نحن بصددها ، فلا يزال الوقت الذى يحل فيه الشفيع محل
المشتري وتنتقل إليه الملكية فى هذا التقنين هو نفس الوقت الذى يحدده لذلك
قانون الشفعة السابق ، ولم يغير إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع
الدعوى فى ذلك شيئاً . فما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وفى
مناقشات اللجنة التى قامت بوضع نصوص الشفعة ليس ، فى نظرنا ، إلا
تفسيراً لقانون الشفعة السابق . فنحن فى مناقشتنا للحجج التى استندت إليها محكمة
النقض فى عهد قانون الشفعة السابق ، إنما نناقش حججاً يمكن الاستناد إليها
فى عهد التقنين المدنى الجديد .

تقول محكمة النقض إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدنى
جديد) تنص على أن « الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية
الشفيع » . والمشرع لم يرد بهذا النص « أن يعتبر الحكم حجة أو دليلاً على الملكية
التي قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثاً مع وجود المادة ٢٣٢ التى نصت على
حجية الأحكام » . ونقف عند هذه النقطة قليلاً ، إذ يبدو أن محكمة النقض
تريد أن تستبعد معنى لكلمة « السند » لم يخطر على بال أحد أن يسنده لها . فالمادة
٢٣٢ من التقنين المدنى السابق التى تشير إليها المحكمة تنص على أن « الأحكام
التي صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات
على ما يخالفها إذا لم يكن اختلاف فى الحقوق المدعى بها ولا فى الموضوع ولا فى
السبب ولا فى الصفة المتصف بها الأخصام » . فالنص يعرض ، كما نرى ،
لحجية الأمر المقضى ، ولم يقل أحد إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق تريد
أن تقرر أن حكم الشفعة حجة بما جاء فيه فيكسب بذلك حجية الأمر المقضى .
ولما المعارضون لما ذهب إليه محكمة النقض يقولون إن لكلمة « السند » معنيين
مختلفين ، ليست حجية الأمر المقضى أحدهما . فكثيراً ما تستعمل النصوص كلمة
« السند » على المعنى الذى ذهب إليه محكمة النقض ، فيكون معناها السبب
القانونى (cause juridique) . وقد وردت الكلمة فعلاً على هذا المعنى ،

كما تقول محكمة النقض ، في المادة ٦٠٨ من التقنين المدني السابق (١) وفي المادة ٥٨٧ من تقنين المرافعات السابق (٢) . ولكن كثيراً ما تستعمل النصوص أيضاً كلمة « السند » على معنى آخر غير المعنى الذي ذهبت إليه محكمة النقض ، فيكون معناها دليل الإثبات أو الدليل المكتوب للحق الذي يتسلك به صاحبه . ولعل هذا المعنى الآخر هو الذي يغلب التمسك إليه في النصوص . استعملت كلمة « السند » بهذا المعنى الآخر في المواد ١٤٨ و ٢٧٣ و ٥٤٩ من التقنين المدني السابق ، وهو التقنين الذي كان معمولاً به عند صدور حكم محكمة النقض في سنة ١٩٤٦ . فنصت المادة ١٤٨ من هذا التقنين على أنه « لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع وانعدم سند الدين ، وإنما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقي » . ونصت المادة ٢٧٣ من نفس التقنين على أن « تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها . . . » . ونصت المادة ٥٤٩ من نفس التقنين على أنه « لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا كان بسند ذي تاريخ ثابت بوجه رسمي . . . » . واستعملت هذه الكلمة بهذا المعنى أيضاً في سلسلة من النصوص متعاقبة ، فنصت المادة ٢١٨ على أنه يجوز الإثبات بالبينة « إذا وجد دليل قطعي على ضياع السند بسبب قهري » . ونصت المادة ٢١٩ على أن « إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده . . . » ، ونصت المادة ٢٢٠ على أنه « يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يده المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين » . ويطول بنا القول لو عددنا النصوص

(١) وهذا نصها : مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد ، إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك ، هذا مع مراعاة ما تقدم في حالي الرقة والضياع . ولا يفهم وجه استنباط محكمة النقض بهذا النص إلا إذا رجعنا إلى النص الفرنسي المقابل له ، وهو ما يأتي :

“ Le seule possession des meubles fait présumer le titre et la bonne fois. sauf preuve contraire, et sauf ce quiest dit au cas de perte et de vol. ”

(٢) وهذا نصها : « حكم البيع يكون حجة للمشتري بملكته المبيع ، ومنهناً للمدين ومن يستحق حقه للاستحصال على الثمن . . . » . وهنا أيضاً يجب الرجوع إلى النص الفرنسي المقابل

“ Le jugement d'adjudication formera titre pour le débiteur et les ayants droit pour le paiement du prix; il sera titre de propriété pour l'adjudicataire; ”

التي استعملت فيها كلمة « السند » (١) عن هذا المعنى . سواء كان ذلك في التقنين المدني السابق أو في التقنينات الأخرى ، ونكتفي بالإشارة على سبيل المثال إلى المادة ٢٣١ والمادة ٢٧٢ من التقنين المدني السابق ، وإلى المواد ٣٩ و ١١٣ و ٣٣٣ و ٣٤٨ و ٣٧٠ و ٤٠٥ و ٤٠٦ و ٤٠٧ من التقنين التجاري ، وإلى المواد ٢٨ و ٣٦ و ٣٥١ و ٢٥٤ و ٣٨٤ و ٣٩١ و ٣٩٨ و ٤١٠ و ٤١٢ و ٤١٧ و ٤٦٣ و ٥١١ و ٥٣٧ و ٥٤١ من تقنين المرافعات السابق .

فلكلمة « السند » إذن معنيان في لغة النصوص القانونية ، المعنى الأول هو السبب القانوني المنشئ للحق ، والمعنى الآخر هو دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب . فبأي معنى من هذين المعنيين استعملت كلمة « السند » الواردة في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ؟ تقول محكمة النقض إنها استعملت بمعنى السبب القانوني المنشئ لحق الشفع ، وهذا محتمل . ولكن يوجد أيضا احتمال أن تكون استعملت بمعنى الدليل المثبت لحق الشفع (٢) ، فما هي القرينة التي تغلب أحد الاحتمالين على الاحتمال الآخر ؟ قد توجد قرينة تقطع في أن المقصود « بالسند » في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق هو الدليل المثبت أو الدليل المكتوب ، فإن نص هذه المادة يجرى على الوجه الآتي : « الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . فلو كان الضمير في كلمة « تسجيله » يعود على أقرب اسم إليه ، لعاد على كلمة « السند » ، ومعنى ذلك أن السند هو الذي يجب تسجيله ، ولقطع ذلك في أن المقصود بالسند هو الدليل المكتوب لأن الدليل المكتوب هو وحده الذي يصلح للتسجيل . ولكن الضمير قد يكون عائداً على كلمة « الحكم » ،

(١) أو كلمة « titre » في النص الفرنسي للسادة .

(٢) ويقول الأستاذ محمد علي عرفة في هذا المعنى : « أما النص في المادة ٩٤٤ أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفع ، فيجب حمله على أنه سند قاطع للشارعة في ملكية الشفع ، لا على أنه سند منشئ لهذه الملكية . ووجه هذا القول أن الشفع يظل بلا سند مثبت لحقه بسبب منازعة المشتري إيابه في أخذ المثار بالشفعة . فكان لا بد من الالتجاء إلى القضاء لثبوت الملك ، لا لإنشائه » (محمد علي عرفة : فقرة ٣١٣ ص ٥٢٩ - ص ٥٣٠) .

وبخاصة إذا رجعنا إلى النص الفرنسي للمادة (١) ، فيكون الواجب التسجيل
هرحكم الشفعة* . فلا تقوم القرينة التي أشرنا إليها . وعلينا إذن أن نتلصص مرجعها
آخر لتغليب أحد المعنيين . وفي رأينا أنه لا يصح الوقوف عند الألفاظ والتحليل
اللغوي لتغليب أحد المعنيين ، بل يجب النظر إلى تدويع الشفعة بجملة واحدة
واستخلاص المعنى الذي يقصد إليه المشرع من مجموع الحاول العملية التي
أوردها . وهنا ننقل إلى النظر في الحجج الأخرى التي استندت إليها محكمة
النقض ، وتتضمن الردود التي أجابت بها على الاعتراضات التي وجهت
إليها .

فلا اعتراض الأول الذي وجه إلى محكمة النقض هو أنه لو كان الشفيع
لا يملك إلا بعد صدور الحكم بالشفعة الذي هو سند الشفيع بمعنى أنه هو الذي
ينشئ حقه كما تقول محكمة النقض . لا تقتضي ذلك أن يبقى المشتري مالكا
إلى وقت صدور هذا الحكم . فإذا بنى أو غرس في العقار المبيع لكان يبنى
أو يغرس في عقار يملكه ، ولو تصرف في هذا العقار لكان متصرفا في ملكه .
فلا محل إذن لأن يقيد المشرع حقه في البناء والغرس كما يقيد حق من يبنى
أو يغرس في ملك غيره ، ولا أن يقيد حقه في التصرف كما يقيد حق من
يتصرف في ملك الغير . وتجب محكمة النقض على هذا الاعتراض بأنه لا يمكن
أن تكون هذه القيود قد ترتبت على زوال ملكية المشتري بأثر رجعي . لأن
هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن يكون المشتري مالكا تحت شرط فاسخ
هو الحكم بالشفعة وأن يكون الشفيع مالكا تحت شرط توقيفي هو الحكم له
بطلبه ، وأن الأصل في التصرفات التنجيز والتعليق يثبت بعارض الشرط ،
والتعليق بالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الاتفاقية . وواضح أن القول
بزوال ملكية المشتري بأثر رجعي على تقدير أن يكون المشتري مالكا تحت
شرط فاسخ هو الحكم للشفيع بالشفعة لم يخطر ببال المعترضين . بل إن هؤلاء
إنما يقولون بأن حكم الشفعة كاشف لا منشئ . ولا يقصدون بتاتا أن يعلقوا

(١) وهذا هو النص الفرنسي للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق :

" Le jugement qui lui définitivement droit à la demande en préemption sera considéré comme titre de propriété pour le préempteur, il devra être transcrit d'office . "

ملكية المشتري على شرط فاسخ هو الحكم بشئيع بالشفعة ، وإنما يقصدون أن يقولوا إن حكم الشفعة هو كسائر الأحكام ككشف عن حتر الشفيع وإن هذا الحق قد نشأ قبل صدور الحكم بالشفعة ولم يفعل الحكم إلا أن كشف عن وجوده . فدفع الاعتراض بهذا الرد لا يكفي لدحضه . وكان يمكن لمحكمة النقض أن ترد على الاعتراض لو أنها قالت إن تقييد حق المشتري في البناء والغرس وفي التصرف في العقار لا يكفي وحده لنفي ملكيته ، فقد يكون الشخص مالكا للشيء ويورد القانون قيودا على حريته في استعماله وفي التصرف فيه (١) . وبذلك يهدم الاعتراض الأول . فننتقل إلى الاعتراض الثاني .

وفي هذا الاعتراض الثاني يثار حلول الشفيع محل المشتري ، فيختفي المشتري من الصفقة ، وكان الشفيع لا المشتري هو الذي تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع ، فبنشأ حق الشفيع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة — ولكن محكمة النقض ترد على ذلك بأن حلول الشفيع محل المشتري إنما يكون ، لا منذ إبرام البيع ، بل منذ صدور الحكم بالشفعة . إذ أن هذا الحكم هو الذي ينشئ حق الشفيع . وهذا الرد يكفي لدحض الاعتراض ، ولكنه ينطوي على أمر هام لا مناص من التسليم به . فالقول بأن حلول الشفيع

(١) وتقول محكمة النقض إن المشرع نقل أحكام الفقه الإسلامي في تقييد حق المشتري في البناء ، الغرس ، وفي تقييد حقه في التصرف . ولا يبدو أن المشرع قد التزم التزاماً دقيقاً أحكام الفقه الإسلامي في ذلك ، حتى لو قلنا مع محكمة النقض إنه أخذ براءى أبي يوسف إذا بنى المشتري أو غرس قبل طلب الشفعة وبراءى أبي حنيفة إذا بنى أو غرس بعد طلب الشفعة . فعند أبي يوسف ، على ما تقول محكمة النقض نفسها ، على الشفيع أن يأخذ البناء أو الغراس بقيته باقياً ، أما في التشريع المصري فالشفيع ملزم تبهما لما يختاره المشتري بأن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس (م ١/٩٤٦ مدني) . وعند أبي حنيفة الشفيع بالخيار إن شاء أخذ البناء أو الغراس بقيته مقلوعاً ، وإن شاء أجبر المشتري على القطع . أما في التشريع المصري فالشفيع أن يطلب الإزالة ، فإذا اختار أن يستبق البناء أو الغراس التزم بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغرس (م ٢/٩٤٦ مدني) .

أما في تقييد تصرفات المشتري فالنقهاء في الفقه الإسلامي متفقون على أنه يجوز لشفيع إذا قضى له بالشفعة أن ينقض تصرفات المشتري في العقار المشفوع فيه ، في حين أن التشريع المصري لا يجيز للشفيع نقض هذه التصرفات إطلاقاً ، ولا ينقض منها إلا ما تم بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ٩٤٧ مدني) .

عمل المشتري لا يكون إلا منذ صدور الحكم بالشفعة معناه الحتمى هو أن يبقى المشتري مالكا للعقار المبيع إلى وقت صدور هذا الحكم ، ومعناه الحتمى أيضا هو أن الشفع ، إذ يحل محل المشتري منذ صدور الحكم ، يتلقى ملكية العقار من المشتري لا من البائع فإن المشتري هو المالك وقت صدور الحكم .

وهنا يأتي الاعتراض الثالث ، وهو الاعتراض الحاسم . فنص المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدنى جديد) صريح فى أن الشفع يرجع بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع . فلو أن الشفع تلقى الملكية من المشتري كما هو مقتضى ما ذهب إليه محكمة النقض ، لكان الواجب أن يكون المشتري هو الذى يرجع عليه الشفع بضمان الاستحقاق ، فإذا رجع الشفع بهذا الضمان على البائع فإنما يكون ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة يرفعها الشفع باسم المشتري . فلننظر ماذا تقول محكمة النقض فى الرد على هذا الاعتراض . تقول إن « الشفع ، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق ، إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري الذى حل محله ، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه ، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق . وعلى ذلك فلا تعارض بين نفي الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكا إلى يوم هذا الحكم ، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري » . وهذا القول فى حاجة إلى إمعان من النظر . فإذا كانت محكمة النقض تريد ، بقولها إن الشفع فى رجوعه بالضمان على البائع إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري ، أن الشفع يستعمل الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم البائع ، فإن هذا القول يتناقض مع صريح النص . فالمشرع يقول « ليس للشفع أن يرجع إلا على البائع » ، فهو بنى الرجوع على المشتري . ولو أراد المشرع أن يكون رجوع الشفع باسم المشتري ، لما منع ذلك من أن الشفع يرجع رجوعا مباشرا على المشتري إلى جانب رجوعه رجوعا غير مباشر على البائع ، بل لما كان هناك حاجة إلى النص على جواز رجوع الشفع بالدعوى غير المباشرة فإن القواعد العامة تكفل هذا الرجوع دون حاجة إلى نص . وإذا كانت محكمة النقض تقصد القول إن الشفع إنما يستعمل حق المشتري الذى ينتقل إليه هو عندما حل محل المشتري منذ صدور الحكم بالشفعة

فالشفعير يرجع رجوعاً مباشراً على البائع بضمان الاستحقاق كما كان يرجع المشتري ، فإن هذا القول لا يمنع من أن الشفعير يرجع أيضاً رجوعاً مباشراً على المشتري بضمان الاستحقاق مستمداً هذا الرجوع من أن الملكية انتقلت إليه من المشتري لا من البائع (١) . ففي هذا القول أيضاً يكون للشفعير أن يرجع رجوعاً

(١) وهذا التصوير هو الذي أخذ به أحد الفقهاء ، وسار فيه إلى نهايته المتوقعة المحتومة . فعنده أن حلول الشفعير محل المشتري إنما يقع منذ صدور الحكم بالشفعة ، فيكون الحكم بالشفعة - فضلاً عن أنه ينقل الملكية إلى الشفعير - يترتب عليه كذلك انتقال جميع حقوق المشتري والتزاماته ، وهذه حالة من الحالات التي تقع فيها حوالة الدين بنص القانون ، وقد نصت عليها المادة ١/٩٤٥ « (شفعير شحاته فقرة ٢٧٧ من ٢٨٧ - من ٢٨٨) » . ومعنى ذلك أن المشتري ينقل بحكم القانون ، منذ صدور الحكم بالشفعة ، إلى الشفعير حق ملكيته وجميع حقوقه الشخصية من ضمان استحقاق وضمان عيوب خفية وغيرها من الحقوق ، عن طريق هذه الحوالة القانونية . فيكون الشفعير خلفاً خاصاً للمشتري ، وقد انتقلت إليه حقوق المشتري بسبب جديد هو الحكم بالشفعة . ويكون هذا الحكم بمثابة شراء جديد صدر من المشتري إلى الشفعير ، ولا فرق بينه وبين شراء الجديد إلا في أنه يجري بحكم القانون لا بحكم الاتفاق ، أما آثاره فتبقى هي آثار الشراء الجديد . ولذلك يقول الأستاذ شفيق شحاته ، وهو منطلق في هذا مع نفسه ، « ويمتد الحكم (بالشفعة) السبب القانوني لملكية الشفعير ، أي أن الحكم بالشفعة يجعل الشفعير مالئاً بسبب الشفعة لا بسبب الشراء الذي حل فيه الشفعير محل المشتري . ولذلك فإن الشفعير لا يتلقى الملك مباشرة عن البائع بل يتلقاه عن المشتري ، أي يكون قد ملك الشيء ملكية تامة في الفترة التي تقع ما بين البيع والحكم بالشفعة » (شفيق شحاته فقرة ٢٧٧ من ٢٨٦) . فإذا كان الشفعير قد ملك حقوق المشتري بشراء جديد منه ، فإنه يكون بمثابة مشتري من المشتري . والمشتري من المشتري يرجع مباشرة بضمان الاستحقاق على البائع ، إذ ينتقل إليه هذا الحق من المشتري باعتباره من توابع المبيع (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٤٤) . ولكن ذلك لا يمنعه من الرجوع بضمان الاستحقاق أيضاً على المشتري ، أما هنا فلا يرجع الشفعير على المشتري ، بل هو لا يرجع إلا على البائع ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٥ مدني « وإذا استحق المقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفعير أن يرجع إلا على البائع » . وإذا كان الشفعير لا يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري كما يرجع به على البائع ، فاذن إلا لأن المشتري قد احتسب تماماً من الصفقة ، فليس هو الذي نقل الملكية إلى الشفعير ، وليس هو الذي نقل إلى الشفعير ضمان الاستحقاق والحقوق الشخصية الأخرى ، بل انتقلت الملكية رأساً من البائع إلى الشفعير فالزم البائع بضمان الاستحقاق رأساً نحو الشفعير دون وساطة المشتري . وهذا هو المعنى المقصود من حلول الشفعير محل المشتري ، فالشفيع أخذ مكان المشتري وأصبح كأنه هو المشتري منذ البداية ، وكأن المشتري لم يتدخل بتاتاً في الصفقة .

مباشراً بضمان الاستحقاق على أى من البائع أو المشتري . ولكن المشرع منع بنص صريح رجوع الشفيع بضمان الاستحقاق على المشتري . وجعل الرجوع بهذا الضمان على البائع وحده ، إذ يقول النص كما رأينا « فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . وهذا معناه أن المشتري قد اختفى من الصفقة منذ البداية وحل محله الشفيع ، وذلك منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة ، وهذا ما يناقض مذهب محكمة النقض . فالمحكمة إذن بين أن تخالف نصاً صريحاً فى القانون ، وبين أن تأخذ به فتتقضى مذهبها . والصحيح فى نظرنا أن نص المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدنى جديد) هو وحده القاطع فى أن الشفيع يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، فتتعدد الصلة مباشرة بينه وبين البائع ، فيكون له إذن أن يرجع رجوعاً مباشراً على البائع دون المشتري بضمان الاستحقاق . وهذا النص هو وحده الذى يغلب أحد الاحتمالين فى تفسير كلمة « السند » التى وردت فى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدنى جديد) ، ويصرف معنى هذه الكلمة إلى أن يكون دليل الحق مثبت له أو دليله المكتوب ، لا أن يكون السبب القانونى المنشئ للحق . إذ لو كان معنى كلمة « السند » السبب القانونى المنشئ للحق ، لوجب القول مع محكمة النقض إن حكم الشفعة منشئ لا كاشف ، وإن الشفيع لا يحل محل المشتري إلا منذ صدور هذا الحكم ، وهذا ما نعتقد أننا أثبتنا عكسه . فالشفيع يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، حتى يستطيع أن يرجع رجوعاً مباشراً بضمان الاستحقاق على البائع وحده دون المشتري .

فإذا ما انتهينا على هذا النحو إلى أن حكم الشفعة كاشف لا منشئ (١) ، وإلى أن حلول الشفيع محل المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة ، لم يبق بعد ذلك حائل دون قياس حق الشفعة على حق الاسترداد .

(١) ولا محل إذن لما أقرته محكمة النقض من «أن هناك فرقاً بين حق الشفعة وحق التملك بها ، وأنه إذا كان الحق الأول يوجب بالبيع مع قيام السوق ، فإن الحق الثانى لا يوجد إلا بقبول المشتري أو القاضى نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقرواً بحق الشفيع فى طلب الأخذ ، منشئاً لأثر هذا الطلب فى حلول الشفيع محل المشتري » . فقد رأينا أن حكم الشفعة كاشف فى الحالتين ، فهو كاشف عن طلب الأخذ ، وكاشف عن أثر هذا الطلب فى حلول الشفيع محل المشتري .

فالشفيع كالمسترد لحصة شائعة ، كلاهما يخل محل المشتري منذ إبرام البيع ، لا منذ الحكم بالشفعة أو الحكم بالاسترداد . وما حق الاسترداد إلا حق شفعة مقصور على المنقول واختموع من المال . فهو يماثل حق الشفعة تماما من حيث حلول المسترد محل المشتري . وتقول المادة ٨٣٣ / ١ مدني في هذا الصدد : « ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفق » . والمجمع عليه في فرنسا وفي مصر أن حلول المسترد محل المشتري معناه أن المشتري يكتفي من الصفقة تماما ، ويعتبر المسترد كأنه هو الذي اشترى الحصة الشائعة مباشرة من البائع ، وكأن المشتري لم يتدخل بتاتا في الصفقة . وهذا الذي تقرر اجماعا في حق الاسترداد يجب أن يكون مقررا أيضا في حق الشفعة . ولا يحول دون ذلك ما تقوله محكمة النقض من أن « الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئا لحق المسترد ، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع » ، فإن حكم الشفعة كما رأينا لا ينشئ حق الشفيع بل يكشف عنه ، كما يكشف عن حق المسترد حكم الاسترداد .

ولم يبق بعد ذلك من حجج محكمة النقض ما يستوقفنا إلا ما استظهرته من أن حكم الشفعة يخالف المبدأ العام في الأحكام من أنها كاشفة لامنشئة ، وتعلل ذلك بأن « الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشئا لحق الراسي عليه المزداد ، فكان النزول على حكم الشارع واجبا لامعدي عنه » . وقد رأينا أن النص الذي تستند إليه محكمة النقض لا يسعها في القول بأن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع ، ومن ثم لا محل لاستثناء حكم الشفعة من المبدأ العام الذي يقتضي بأن الأحكام كاشفة لامنشئة ، فحكم الشفعة لا يخرج على هذا المبدأ إذ هو كاشف لا منشئ .

٢٣٠- موقف الفقه الإسلامي من المسألة : ليس هناك اتفاق في الفقه

الإسلامي على أن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع . لا في المذهب الحنفي ولا في المذاهب الأخرى .

ففي المذهب الحنفي : عند أبي حنيفة ، إذا أتى الشفيع بطلب المواثبة وبطلب الإشهاد والتقرير صحيحين . استقر حقه على وجه لا يبطل بتأخير طلب الخصومة حتى يسقطها بلسانه . وهذه هي أيضا إحدى الروايتين عن أبي

يوسف ، وهو ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى ، كذا في الهذاية (١) . ووجه قول أبي حنيفة أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلين ، والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال ولم يوجد ، لأن تأخير طلب الحصومة لا يكون إبطالا ، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون (٢) . وذكر الكرخي أن القاضي إذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري في المشهور من قولهم . وروى عن أبي يوسف أنه لا ينتقض . واختلف المشايخ فيه . قال بعضهم البيع لا ينتقض ، بل يتحول الصفقة إلى الشفيع . وقال بعضهم ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري وهذا قول محمد ، وينعقد للشفيع بيع آخر ، كأنه كان من البائع لإيجابان ، أحدهما مع المشتري والآخر مع الشفيع . فإذا قضى القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذي أضيف إليه ، وانتقض ما أضيف إلى المشتري ، سواء قبل المشتري الإيجاب المضاف إليه أو لم يقبل . ووجه قول من قال بالتحويل لا بالانتقاض أن البيع لو انتقض تعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه من شرائط وجوب الشفعة ، فإذا انتقض لم تجب ، فتعذر الأخذ . ووجه قول من قال بالانتقاض لا بالتحويل أن للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية ، وإذا رد عليه لا يعود شراء المشتري . ولو تحولت الصفقة إلى الشفيع لعاد شراء المشتري ، لأن التحويل كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ، ولما رد فقد زالت الضرورة ، فينبغي أن يعود الشراء . ولأنها لو تحولت لصار المشتري وكيلا للشفيع ، لأن عقده يقع له ، ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآها قبل ذلك ورضى بها ، لأن خيار الرؤية يبطل بروؤية الوكيل ورضاه . وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل ، فأراد الشفيع أن يأخذها للحال ، يأخذ بثمن حال ، ولو تحولت الصفقة إليه لأخذها بثمن مؤجل . وكذا لو اشتراها على أن البائع برئ من كل عيب بها عند البيع ، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا ، فله أن يردها على من أخذها منه . ولو تحولت تلك الصفقة إلى الشفيع ، لما ثبت له حق الرد ، كما لم يثبت للمشتري . فدرت هذه المسائل على أن شراء المشتري ينتقض ، ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد

(١) أنظر الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ .

(٢) أنظر البدائع ٥ ص ١٩ .

إيجاب مبتدأ مضاف إليه . وقد خرج الجواب عن قولهم إن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه ، بل بعقد مبتدأ بين البائع والشفيع على ماسبق تقريره (١) . أما إذا كان المبيع في يد المشتري ، فأخذه الشفيع منه ودفع الثمن إليه ، فالبيع الأول صحيح ، لأن التملك وقع على المشتري ، فيجعل كأنه اشترى منه (٢) .

(١) أنظر البدائع ٥ ص ٢٣ - ص ٢٤ .

(٢) أنظر البدائع ٥ ص ٢٤ - وبقرّر الأستاذ على الخفيف مذهب الحنفية على الوجه الآتي : «إذا بيع العقار أدخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع ، دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع . فإذا استحقه شفيعه بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه ، لأن حق الشفعة ضعيف فلا يقوى بالمطالبة على رفع ملك ثابت للمشتري بعقده . ولذا لا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين ، الأول تسلمه من المشتري من رضا منه فيملكه من وقت تسلمه ، الثاني قضاء القاضي له به فيملكه من وقت إقراره . وإن لم يتسلمه فعلا . وذلك ما أخذت به دوائر محكمة الاستئناف المجتمعة ، حين رفع إليها هذا الموضوع بسبب اختلاف الأحكام فيه . فأما ما تملكه بأخذه له من رضا ، فلأن ذلك بمنزلة شرائه من المشتري بما قام عليه ، والشراء عقد ناقل للملكية . وأما تملكه بقضاء القاضي ، فذلك لا يكون إلا عند إيجاب المشتري ، وإيجابه في هذه الحالة ظلم ، وقد نصب القاضي لرفع الظلم . فيقوم القاضي حينئذ مقامه في هذه المعارضة دفعا لظلمه ، ويسك الشفيع بما قام به على المشتري ، ويدخل الثمن في ملك المشتري حينئذ جبرا عنه ، وكأنه رضى بذلك لقيام القاضي مقامه فيه . وإذن يكون تمت الشفيع للعقار المشفوع فيه في هذه الحالة أيضا عن طريق شرائه من القاضي ، أو كأنه اشتراه من القاضي نيابة عن المشتري . وهذا بين إذا كان المشتري قد تسلم المبيع من بائه ، ولكن إذا حصل القضاء والمبيع لا يزال في يد البائع فإن هذا التوجيه لا يظهر . ذلك لأن القضاء على البائع بتسليم المبيع إلى الشفيع في هذه الحالة يصح به البائع عاجزا عن تسليمه إلى المشتري ، وذلك مفسد للبيع . وإذا فسد البيع الصادر للمشتري زال ملكه ، وعند ذلك لا يصح أن يكون مملوكا ، ولا ينوب عنه القاضي في التملك . ولذا قالوا إن هذا القضاء في هذه الحالة يقتضى العقد بالنسبة للمشتري ، ويجعل الإيجاب الصادر من البائع كأنه موجه إلى الشفيع ، وكأن الشفيع قد قبله ، وبذلك يعد الشفيع في هذه الحال مشتريا من البائع مباشرة لا من المشتري . وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر مشتريا للعقار المشفوع فيه ، إما من مشتريه وإما من بائه . ولذلك يثبت له من الخيارات ما يثبت للمشتري ، فيثبت له خيار العيب وخيار الرؤية دون خيار الشرط لأنه يتناقض مع اشتراط المطالبة الجازمة بالشفعة . ثم لا يتقيد فيما يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط تتعلق بالبراءة من العيوب أو بتأجيل الثمن أو بتقييده أو بخيار فسخ ونحوه ، لأنه قد أخذه بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر . فإن وجد بالمبيع عيبا رده على من تسلمه منه من بائع أو مشتر . وكذلك إذا أخذه قبل أن يراه ، فيرده إذا أراد على من تسلمه منه . فإن رده على بائه لأنه تسلم منه ، كان المشتري غيرا حينئذ في إفضاء صفقته أو عدم إفضائها دون توقف على أرضاء البائع . وإن رده على مشتريه لأنه تسلم منه ، كان كل من بائه ومشتريه ملزما بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط في عقد البيع الذي تم بينهما وكأنه لم يتغيره (على الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية سنة ١٩٤٢ ص ١١٩ - ص ١٢٠) .

وفي المذاهب الأخرى غير مذهب الحنفية ، ذهب مالك إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه بقوله أخذته بالشفعة وما في معناه ، دون اشتراط قضاء من القاضي أو رضا من المشتري متى كان عالما بالثمن . لأن ذلك يعتبر قبولا لبيع البائع ، وكأن إيجابه وجه إليه عند حصوله . وقال أحمد يملكه بذلك الطلب ، وإن لم يعلم الثمن . وقال الشافعي يملكه به ، بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري . وجه قولهم أن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشتري رضي بذلك أو أبى ، فلا يتوقف تملك الشفيع المبيع على رضاه ، ولم يرد عن الشارع أنه اشترط لتملكه قضاء القاضي (١) .

وبخلاص من كل ذلك أن الحنفية في أكثر أقوالهم يذهبون إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه من وقت رضا المشتري أو من وقت قضاء القاضي ، فيكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع . ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أن الشفيع يستقر حقه بطلب الماثبة وطلب الإشهاد والتقرير ، دون حاجة إلى قضاء القاضي ، وهذه هي إحدى الروايتين عن أبي يوسف . فلا يكون قضاء القاضي إذن في هذا القول ضروريا لاستقرار حق الشفيع ، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة هو الذي ينشئ حق الشفيع . وفي المذاهب الثلاثة الأخرى لا يتوقف تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه على رضا المشتري أو على قضاء القاضي ، بل يتملكه قبل ذلك ، بمجرد طلب الشفعة عند أحمد ، وبمجرد طلبها إذا علم الشفيع بالثمن عند مالك ، وبطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشتري عند الشافعي . ففي هذه المذاهب الثلاثة إذن لا يكون قضاء القاضي ضروريا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع .

٢٣١- حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع هو الذي ينفع

مع طبيعة الشفعة مع الحلول العملية فيها : والآن بعد أن أثبتنا أنه لا يمكن الاستناد إلى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدني جديد) ، وهي التي تقرر أن حكم الشفعة « يعتبر سندا للملكية الشفيع » ، للقول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع وبأن حلول الشفيع محل المشتري يحصل تبعا لذلك من وقت صدور

(١) انظر على الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية سنة ١٩٤٢ ص ١٢٠ - ص ١٢١ .

هذا الحكم ، تكون قد أرحنا الحجة الرئيسية التي يعتمد عليها أصحاب هذا القول . ولا يستطيع أصحاب هذا القول ، من جهة أخرى ، الاستناد إلى الفقه الإسلامى . فقد رأينا أن هذا الفقه قد اختلفت فيه الآراء ، وإذا كان المذهب الحنفى يقول فى بعض آرائه إن الشفيع يملك من وقت القضاء له بالشفعة . فإن إمام هذا المذهب ، ويتابعه فى ذلك فقهاء آخرون . يقول إن حق الشفيع يستقر قبل القضاء له بالشفعة ، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فجمعة على أن الشفيع يملك قبل القضاء له بالشفعة .

لم يبق إذن . وقد استبعدنا نص المادة ١٨ من قانون الشفعة (م ٩٤٤ مدنى جديد) واستبعدنا الفقه الإسلامى ، إلا أن نرجع إلى المبادئ العامة فى الشفعة . وإلى الحلول العملية التى أوردها المشرع والتى يكون من شأنها أن تنير لنا الطريق . مستأنسين بالأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد .

أما المبادئ العامة فى الشفعة فنرجع هنا إلى التكييف الصحيح لطبيعة الشفعة . وقد عرضنا لهذا التكييف غير مرة ، وقررنا (١) أن الشفعة واقعة مركبة من عناصر ثلاثة ، الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وبيع العقار المشفوع فيه ، وإعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة . ففى تكاملت هذه العناصر ، فقد قامت الشفعة سبباً قانونياً يحدث أثره ، وهذا الأثر هو حلول الشفيع محل المشتري فى البيع الذى تم بين المشتري والبائع منذ تمام هذا البيع . فالشفعة إذن لا تحدث أثرها إلا عند إعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة . ولكن متى أحدثت هذا الأثر فقد حل الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع لا منذ إعلان الشفيع لإرادته . وعلى ذلك يجب ، كما استبعدنا القول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم بالشفعة ، أن نستبعد أيضاً أن يكون هذا الحل من وقت رفع دعوى الشفعة ، أو من وقت تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، أو من وقت إعلان هذه الرغبة . وهذه أقوال ثلاثة أخرى لكل قول منها أنصار فى الفقه وفى القضاء وقد سبقت الإشارة إليها (٢) . صحيح أنه يجب أن نقف عند إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، ولكن لننظر أن

(١) انظر آنفاً فقرة ١ وفقرة ٢٢٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٦ .

الشفعة قد تكاملت عناصرها وقامت سببا قانونيا لحلول الشفيع محل المشتري ، على أن يكون هذا الحل واقعا من وقت إبرام البيع لا من وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، بحيث يخفى شخص المشتري من الصفقة فلا يتوسط ما بين البائع والشفيع ، وتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . وكما أن الحكم بالشفعة إنما يكشف عن ثبوت حق الشفيع وعن أن الشفيع قد حل محل المشتري ، كذلك إعلان الشفيع ورغبته في الأخذ بالشفعة إذا هو أنشأ حق الشفيع فإن ذلك معناه أنه أنشأ حق الشفيع في الحل محل المشتري منذ إبرام البيع . فالشفعة تتم سببا قانونيا ، لإحلال الشفيع محل المشتري ، عند إعلان الشفيع ورغبته في الأخذ بالشفعة . ولكن متى حل الشفيع محل المشتري فإن حله هذا يحصل منذ إبرام البيع ، وتعتبر الصفقة قد انعقدت مباشرة لا بين البائع والمشتري بل بين البائع والشفيع .

ويتأكد ذلك إذا رجعنا إلى الحلول العملية التى أوردتها المشرع ومن شأنها أن تنير لنا الطريق . فقد رأينا أن المادة ٩٤٥ مدنى تنص صراحة على أن الشفيع لا يرجع فى ضمان الاستحقاق على المشتري ، وإنما يرجع مباشرة فى هذا الضمان على البائع . ولا يتأتى ذلك إذا بقى المشتري فى الصفقة يتوسط بين البائع والشفيع ، فتنقل الملكية أولا بالبيع من البائع إلى المشتري ، ثم تنتقل بعد ذلك بالشفعة من المشتري إلى الشفيع . إذ لو كان الأمر على هذا النحو ، لوجب أن يرجع الشفيع بضمن الاستحقاق على المشتري فهو الذى نقل الملكية إلى الشفيع ، ولو رجع على البائع لما كان له أن يرجع إلا باسم المشتري عن طريق الدعوى غير المباشرة ، أو يرجع عليه رجوعا مباشرا ولكن هذا الرجوع لا يمنع من أن يرجع أيضا رجوعا مباشرا على المشتري . ويقاس على ضمان الاستحقاق سائر التزامات البائع . من الالتزام بنقل الملكية والالتزام بتسليم المبيع والالتزام بضمن العيوب الخفية ، فهذه كلها يرجع فيها الشفيع مباشرة على البائع لا على المشتري كما هى الحال فى ضمان الاستحقاق . وقد سبق أن قررنا أن نص المادة ٩٤٥ مدنى ، الذى يجعل الشفيع لا يرجع بضمن الاستحقاق إلا على البائع ، هو النص الحاسم فى المسألة التى نحن بصدد حلها . فهذا النص يحمل الدليل القاطع على أن الشفيع محل

محل المشتري منذ إبرام البيع ، وأن شخص المشتري يختن من الصفقة لتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة . فلا يكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفع بحيث لا يقع حلول الشفع محل المشتري إلا منذ صدور هذا الحكم ، بل هو حلول يقع قبل ذلك ومنذ إبرام البيع (١) .

ونستأنس بعد ذلك ، فيما قدمناه ، بالأعمال التحضيرية لثقتين المدني الجديد . وأول ما نستأنس به هو ما دار من مناقشات حول هذه المسألة في اللجنة التي قامت بوضع نصوص المشروع التمهيدى في الشفعة . وأول قول صريح في هذه المسألة نقرأه في محضر جلسة ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ من جلسات اللجنة ، إذ يقول أحد الأعضاء : « فالواقع أن الشفع مالك منذ تاريخ البيع ، غير أن ملكيته هذه مشروطة باستعمال حقه في الشفعة في الميعاد القانونى والاعتراف بحقه هذا فيما بعد بإسناد ملكته إليه . فالشفيع إذن يتلقى حقه من البائع مباشرة ، بدليل أنه محل بحكم القانون محل المشتري . ويكتسب الثمار ابتداء من تاريخ البيع ، كما يدفع فوائد الثمن من نفس التاريخ . فضلاً عن أن الشفع يعد هو المالك الوحيد منذ البيع ، ولو أن ملكيته في الحقيقة معلقة على شرط إذ أن حقه في الملكية رهين بقيامه بالإجراءات التي يتطلبها القانون . إلا أنه مالك يتلقى حقه مباشرة من البائع ، مما يترتب عليه أن كل بيع يحصل من المشتري ابتداء من اللحظة التي يستعمل فيها الشفع حقه في الشفعة لا يحتاج به عليه ولا يسرى حقه » (٢) . وهذا القول لا غبار عليه (٣) ، ولكنه بطبيعة الحال إنما يعبر عن رأى الشخصى للعضو الذى قاله ، لا عن رأى اللجنة (٤) .

(١) أنظر آنفاً ص ٧٢٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٠ في الهاش .

(٣) لولا ما جاء فيه من أن ملكية الشفع معلقة على شرط ، فالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الاتفاقية ، وملكية الشفع ملكية منجزة . وحكم الشفعة ليس شرطاً يتعلق به هذه الملكية ، وإنما هو كاشف عن هذه الملكية المنجزة (أنظر آنفاً فقرة ٢٢٩) .

(٤) وقد اعترض فعلاً عضو آخر في اللجنة على هذا القول ، إذ ذكر أنه « يؤدى إلى قنب نظام الشفعة القائم رأساً على عقب ، إذ يجب ألا يغرب عن البال أنه إلى جانب حق الشفع توجد حقوق أخرى اكتسبها » . « حسن النية ولا يمكن إغفالها ، ولهذا الغير أن يكسب حقوقاً على المنقار إلى اللحظة التي يتم فيها تسجيل طلب الشفعة . وكل حق يترتب المشتري في الفترة الواقعة بين البيع الأول وتسجيل طلب الشفعة هو حق يكتسبه الغير اكتساباً صحيحاً ، ومن ثم يكون نافذاً في حق الشفع ويحتاج به عليه » . فرد المفسر صاحب القول الأول بأن هذه النتائج « إنما تترتب على نظام التسجيل ، ولا علاقة لها بمادة الشفعة التي تفرد بطبيعة خاصة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٠ - ص ٤٠١ في الهاش) .

ولما تفرغت اللجنة لمناقشة المسألة . انقسم الأعضاء فيما أدلوا به من آراء ، وقرنوا مسألة تحديد وقت انتقال الملكية بالوقت الذى يكسب فيه الشفيع الحق فى الثمار ، فهو يكسب الثمار من الوقت الذى يصبح فيه مالكا للعقار المشفوع فيه . ورأى أحد الأعضاء أن يحدد الوقت بتاريخ البيع . ورأى أعضاء آخرون أن يكون هذا الوقت هو وقت إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ولم ير إلا عضو واحد أن يكون حكم الشفعة منشأ على الوجه الذى ذهبت إليه محكمة النقض وأن يتأخر انتقال الملكية إلى الشفيع إلى وقت صدور هذا الحكم . ولما لم تستطع اللجنة الاتفاق على رأى (١) ، عقب أحد الأعضاء « بأن الموضوع

(١) ونقل هنا أم ماجاء فى محضر جلسة ١١ مارس سنة ١٩٣٨ فى هذا الصدد : « طلب

الرئيس من الأعضاء تصفية النقطة الباقية فى باب الشفعة ، وهى تحديد الوقت الذى يصبح الشفيع ابتداء منه مالكا للعقار المشفوع ، فهل يصبح الشفيع مالكا من يوم حصول البيع ، أم من يوم إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة ، أم من تاريخ تسجيل هذه الرغبة ، أم من يوم موافقة المشفوع ضده على طلب الشفعة ، أم من تاريخ الحكم الصادر بالأحقية فى الشفعة ؟ فقال أحد الأعضاء : «إن النصوص التى أقرتها اللجنة قد تناولت مختلف العلاقات فى مادة الشفعة . أما معرفة الوقت الذى يصبح الشفيع مالكا ابتداء منه فلا جدوى من بحثه ، إلا إذا أريد وضع نص خاص لتحديد ذلك الوقت . فإذا لم يكن هدف اللجنة وضع هذا النص ، فإن من المبحث مناقشة مختلف الآراء التى أبديت فى هذا الصدد» . وقال عضو آخر : «إن النصوص التى أقرتها اللجنة كفيلة بتنظيم علاقة الشفيع بالغير ، ولكنها قاصرة عن علاج العلاقة بين الشفيع والمشفوع ضده . لهذا يحسن وضع نص صريح قاطع فى تحديد الوقت الذى يصبح الشفيع ابتداء منه مالكا للعقار الذى شفع فيه وذلك لوضع حد لاختلاف انقضاء وتباين وجهات النظر فى هذه المسألة . وأضاف أنه يرى أن الشفيع يعتبر مالكا ابتداء من التاريخ الذى يعلن فيه رغبته فى أخذ العقار بالشفعة أى من تاريخ إعلان الرغبة فى الشفعة ، لأن الحكم الذى يصدر نهائيا بشبوت الحق فى الشفعة إنما يقر للشفيع بحق يرجع إلى اللحظة التى استعمل فيها هذا الحق ، ويمكن إدماج هذا المبدأ فى تعريف حق الشفعة الذى نصت عليه المادة الأولى » . ثم اقترح أحد الأعضاء الاقتصار «على وضع نص يكسب الشفيع الحق فى الثمار ويلزمه بفوائد الثمن ابتداء من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة . فتساءل الرئيس عما إذا كان هناك محل للنص على التزامه بالفوائد بالنسبة فقط إلى الجزء من الثمن الذى لم يتم بإيداعه» . وعقب أحد الأعضاء بأن الأخذ بالنص المقترح «معناه أن العقار المشفوع فيه سيتناوله ملاك ثلاثة على التوالى ، هم البائع والمشتري من تاريخ شرائه والشفيع من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة ، الأمر الذى يناقض المبادئ المقررة فى الشفعة والتى تقضى بأن الشفيع يحل قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته فيما عدا الانتفاع بالأجل الذى هو ملحق على رضا البائع . واقترح لذلك النص على أن يكون للشفيع الحق فى الثمار ابتداء من تاريخ البيع . ويأخذ الأصوات لم توافق اللجنة على هذا الاقتراح» . وقال أحد الأعضاء : «إن الرأى =

الوحيد الذي يتعين علاجه بنص إنما هو مسألة الثمار وفوائد الثمن ، وأن النص الواجب وضعه يجب أن يكون الغرض منه ومنع حل لذلك ، وطلب أخذ الرأي في هذه النقطة . فوافقت اللجنة بالأغلبية على هذا الاقتراح ، وقررت أن ينص في المادة الواجب وضعها على أن الشفع يتملك الثمار ويلتزم بالفوائد من تاريخ إعلان رغبته في الشفعة ^(١) . وعهدت اللجنة إلى أحد الأعضاء بصياغة هذا النص ، ولكن يظهر أن اللجنة حلت قبل أن يعرض النص عليها . ولم يتضمن المشروع التمهيدي نصاً في هذا الخصوص . ولكن المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع جاء فيها ما يأتي : « هذا وقد تناقشت اللجنة في جاسيتها الأخيرة التي عقدتها للنظر في نصوص الشفعة (الجلسة الثانية عشرة) في إضافة نص يقضى بأن الغلة تكون للشافع من وقت إعلانه الأخذ بالشفعة . وعليه من ذلك الوقت أيضاً فوائد ما لم يه دعه من الثمن في خريفة المحكمة . وقد اقترح

الذي أخذت به محكمة النقض هو في رأيه مخالف لنصوص ، وإن ذلك خلا في النهاية لاغير الشفع مالكا ابتداء من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة » . وشرح هذا الغرض وجهة نظره قائلا : « ليس صحيحاً أن يقال ؟ كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء ، إن البيع يزول ويصح ويهدم مكانه للشفعة التي تحمل تماماً محل المقد الأول وتبطله . ذلك أن البيع قد تم صحيحاً ولم يكن معلقاً على شرط موقف أو شرط فاسخ ، وترتب عليه انتقال الملكية انتقلاً صحيحاً من يوم تسجيله ، أي أنه أنشأ مركزاً قانونياً نهائياً طالما أن حق الشفعة لم يستعمل ، بحيث يملك المشتري كامل الحرية في التصرف في العقار بيعه من جديد أو ترتيب حقوق للغير عليه والمشتري يصبح بدوره مالكا ، وهو الذي ترفع عليه دعوى الشفعة . والمشتري أيضاً أن يترتب للغير حقوقاً عيبة على العقار الذي اشتراه ، وأن يقبض ريع هذا العقار الذي يباشر عليه . كافة الحقوق التي لمالك . لهذا يعتذر أن يلنى مثل هذا المركز القانوني الذي لا يمكن المساس به إلا في المستقبل فقط ، ابتداء من تاريخ طلب الشفعة بالطريق القانوني وتسجيله . فالبحث ينحصر إذن في معرفة ما إذا كانت الملكية تنتقل إلى الشفع من يوم طلب الشفعة أو من يوم تسجيل هذا الطلب ، أو تنتقل فقط من يوم قبول المشفوع ضده أو من يوم صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة . والواقع أننا بصدد مركز جديد غير طبيعي يتعلق بحق اختياري نتيجة وقوع قانونية مترتبة بين الغير لم يشترك فيها ذلك الشخص الذي قد يستفيد منها ، ولا تحقق هذه الاستفادة إلا باستعمال هذه الرخصة استعلا صحيحاً ، إذ تحول الرخصة إلى حق باتفاق ذوي الشأن على الاعتراف بها أو بصدور حكم يؤيدها . فهذا الاتفاق أو هذا الحكم يجب أن يكون هو الفيصل في تحديد تاريخ انتقال الحقوق » . ولما لم يحدد الرأي استجابة من اللجنة اقترح أحد الأعضاء أن يوضع نص يقتصر على علاج مسألة الثمار . فوافقت اللجنة بالأغلبية على وضع هذا النص بحيث يقرر أن يتملك الشفع الثمار ويلتزم بالفوائد من تاريخ إعلان رغبته في الشفعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٣ - ٤٣٤ ص ٤٣٥ و ٤٣٦) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٤ - ٤٣٥ ص ٤٣٦ في المذكرة .

أحد الأعضاء في لجنة فرعية نصا بهذا المعنى ، ولكن اللجنة لم تناقشه . ثم أضافت المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « والرأى في ذلك أن الشفع يحل محل المشتري في الصفقة ، فيملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشتري كأنه لم يملك أصلا . (فإذا) استولى على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة ، فهو يملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت . وما دام قد تملك الثمار ، فلا يتقاضى فائدة على الثمن . ومنذ تعلن الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار ، وتكون للشفيع إذ هو المالك . وللمشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه الثمار » (١) .

ويتبين مما أوردناه من مناقشات اللجنة ومن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن اللجنة لم تكن في صف محكمة النقض تقول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفع ، وبأن الشفع يحل محل المشتري من وقت صدور هذا الحكم ، مع أنها هي التي أقرت نص المادة ٩٤٤ مدنى القاضى بأن حكم الشفعة « يعتبر سندا للملكية الشفع » . ولم يفهم أحد من الأعضاء أن المقصود بالسند هنا هو السبب القانونى المنشئ لحق الشفع كما ذهبت محكمة النقض ، وإلا لما كان هناك محل لأن تناقش اللجنة طويلا في تحديد الوقت الذى ينشأ فيه حق الشفع فلا نصل إلى قرار في ذلك ، مع وجود نص صريح أمامها يحدد هذا الوقت بتاريخ صدور حكم الشفعة إن صح تفسير محكمة النقض للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق وللمادة ٩٤٤ من التقنين المدنى الجديد على الوجه الذى ذهبت إليه . وإذا كانت اللجنة قد أقربت ، من حيث المبدأ ، أن تكون الثمار للشفيع من وقت إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، فإن هذا لا يعنى حتما أن الشفع يحل محل المشتري من وقت هذا الإعلان فقط . فإنه يمكن أن يحل الشفع محل المشتري من وقت البيع ، ومع ذلك لا تكون الثمار له إلا من وقت إعلان المشتري برغبته في الأخذ بالشفعة ، إذ يملك المشتري ، وهو حسن النية قبل إعلان هذه الرغبة ، الثمار بالحيازة . بل إن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تضمنت رأيا صريحا في أن الشفع « يملك من وقت البيع الأول ، ويعتبر المشتري كأنه

لم يملك أصلاً . صحيح . كما تقول محكمة النقض (١) . أن هذا الرأي هو رأي شخصي لواقع المذكورة . ولكن هذا الرأي . الذي ضمنه المذكورة الإيضاحية التي قمنا بوضعها . لا يتناقض مع نص المادة ٩٤٤ مدني على خلاف ما ذهبت إليه محكمة النقض . فكل ما تقوله المادة ٩٤٤ مدني هو أن حكم الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع . وليس في هذا ما يتعارض مع القول بأن الشفيع يخل محل المشتري من وقت البيع . وقد بسطنا تفصيلاً فيما تقدم أن حكم الشفعة ليس منشأً لحق الشفيع بل هو كاشف عنه . وأن هذا الحكم إذا اعتبر سنداً للملكية الشفيع فإن معنى السند هنا ليس هو السبب القانوني المنشأ ، بل معناه أنه دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب . هذا إلى أن حلول الشفيع محل المشتري من وقت إبرام البيع هو الذي تمليه المبادئ العامة ، ويفرضه التكليف الصحيح لطبيعة الشفعة . وتنطق به الحلول العملية التي وضعها المشرع .

٢٣٢ - الأهمية العملية لرأي محكمة النقض نظراً لكونه محصورة في

مسألة الثمار : على أن المشرع في وضعه لنصوص الشفعة قد تكفل بوضع الحلول العملية للمسائل الخاصة بعلاقة الشفيع بالبائع ، وبعلاقته بالمشتري . وبعلاقته بالغير ، على الوجه الذي سنسطره فيما يلي . فلم تعد هناك أهمية عملية كبيرة للقول بأن الشفيع يخل محل المشتري من وقت صدور حكم الشفعة أو من وقت البيع . ونكاد تنحصر هذه الأهمية ، بعد الحلول العملية التي وضعها المشرع ، في مسألة الثمار . وهي المسألة التي كاد المشرع أن يضع لها هي الأخرى نصاً ولكنه لم يتمكن من تحقيق بغيته . وسنرى أن الخلاف إنما يثور في شأن هذه المسألة . ولم تر محكمة النقض حاجة لتقرير أن حكم الشفعة منشأ إلا في صدها . أما بقية المسائل فقد وضع المشرع لها . كما قدمنا ، حلولاً مستقرة ثابتة . ولا يكاد يثور في شأنها أي خلاف .

ونفصل الآن ما أحمله .

(١) أنظر آتد ص ٧١٠ هامش ١ .

المطلب الثاني

عقد الشفع بالبائع والمشتري وبالفير

§ ١ - عقد الشفع بالبائع

٢٣٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٥ مدني على ما يأتي :

- ١ - « يحل الشفع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » .
- ٢ - « وإنما لا يحل له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ، إلا برضاء البائع » .

٣ - « وإذا استحق العقار للفير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفع أن يرجع إلا على البائع » (١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٣ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٣ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٥) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٣ : يحل الشفع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه في كافة ما كان له وعليه من الحقوق ، على أن المشتري إذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفع من هذا التأجيل إلا برضاء البائع . وإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للفير ، فليس للشفع أن يرجع إلا على البائع .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٢ (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٣ (معدلة بقانون د شط سنة ١٩٤٨) : يعتبر الشفع

أنه قد اشترى من المشتري ، ويكون للشفعة بينا مدعى البيع نفسه ولا يحق للشفع الاستفادة من الأجل المنصوص عليه في العقد نصحة المشتري في دفع الثمن ، إلا إذا رأت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التي تراها لازمة . وفيما عدا الأجل المنصوص عليه في العقد ، لا يجوز للمحكمة

ويخلص من هذا النص أنه متى ثبت للشفع حقه في الشفعة ، رضاه أو قضاؤه ، تحول البيع بين أن يكون بين البائع والمشتري إلى أن يكون بين البائع والشفيع . ويعتبر الشفع هو المشتري منذ البداية ، إذ أنه قد حل محل المشتري في هذا البيع . ويختص شخص المشتري من الصفقة ، ولا يتوسط بين البائع والشفيع . ولا يعتبر أن هناك بيعاً أولاً انعقد بين البائع والمشتري . ثم أعقبه بيع ثانٍ انعقد بين المشتري والشفيع ، فباع البائع للمشتري ثم باع المشتري للشفيع . بل هو بيع واحد انعقد بين البائع والشفيع فقامت بينهما صلة مباشرة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويترتب على ما قدمناه أن العلاقة ما بين الشفع والبائع محددها عقد البيع وقد أصبح فيه الشفع مشترياً ، ويحل قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما يقول النص (م ١ / ٩٤٥ مدني) . ومن ثم يلتزم البائع نحو الشفع بجميع التزامات البائع ، كما يلتزم الشفع نحو البائع بجميع التزامات المشتري (١) .

- أن تمنح الشفع مهلة للدفع . (وقانون الملكية العقارية اللبناني يختلف عن التقنين المصري في أن القانون الأول يجعل الشفع مشترياً من المشتري لامن البائع ، لاشترى من البائع راعاً كما هو الأمر في التقنين المصري . ويختلف كذلك في أن المحكمة أن تستقر الصلة الشفع الأجل المنوح للمشتري في دفع الثمن على أن يقدم الشفع ضماناً ، وفي التقنين المصري لا ينتفع الشفع بالأجل إلا برضاء البائع) .

(١) وقد أكدت محكمة النقض هذا المبدأ ، بالرغم من قضائها بأن تحول الشفع محل المشتري إنما يقع عند صدور حكم الشفعة إذا أن هذا الحكم في رأيها مشيئ لا كاشف . فقضت بأن الشفعة في نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع . فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع ، لتكون صلة في تلك الحقوق بالشفيع . فهي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيق ضروري فيها ، حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض . ولا يتصور إلا قبل ثلاثه جيباً . فدعوى الشفعة ، والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء ، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائنة بينهم هم الثلاثة كذلك (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٤٣ د) . وقضت أيضاً بأنه يترتب عن الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع . فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع . لتكون صلة في تلك الحقوق بالشفيع (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤) .

والتزامات البائع هي نقل ملكية المبيع ، والتسليم ، وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية . والتزامات المشتري هي دفع الثمن والفوائد إذا كان لها مقتضى ، وتسليم المبيع . فنتسمر من هذه المسائل على التعاقب .

٢٣٤ - التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع : يصبح البائع مدينا بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . ولما كانت ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فإن الشفيع يسجل الحكم الصادر بثبوت حقه في الشفعة على النمو الذي قدمناه (١) ، فتنقل إليه الملكية رأساً من البائع . ويقوم مكتب الشهر المختص بالتأشير على هامش تسجيل إعلان الرغبة بما يفيد صدور هذا الحكم النهائي ، وكذلك يتولى المكتب إجراء التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل عقد البيع الذي صدر أولاً من البائع إلى المشتري إذا كان المشتري قد قام بتسجيل هذا العقد (٢) .

أما إذا تمت الشفعة بالتراضي ، وكان عقد البيع الصادر إلى المشتري قد تم تسجيله ، فإنه يكفي في هذه الحالة أن يوقع المشتري إقراراً بتسليمه الشفعة للشفيع ، ويكون هذا الإقرار موثقاً أو مصدقاً على التوقيع فيه . وتؤكد مأمورية الشهر من قيام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، لاستوثق من أن هذا الإقرار يعتبر استعمالاً لحق الشفعة ، وليس ببيع جديد صادر من المشتري إلى الشفيع . ثم يقدم الإقرار إلى مكتب الشهر المختص لتسجيله ، والتأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد البيع وعلى هامش تسجيل إعلان الرغبة . فإذا كان عقد البيع الصادر إلى المشتري لم يسجل ، فإن الإقرار في هذه الحالة يجب أن يكون موقعاً من البائع والمشتري والشفيع ، ويكون موثقاً أو مصدقاً على التوقيعات فيه . ويجوز أن يحرر عقد بيع من البائع رأساً للشفيع ، ولكن يجب أن يوقعه معهما المشتري إثباتاً لتسليمه بالشفعة . ويكون عقد البيع موثقاً أو مصدقاً على التوقيعات فيه . ويسجل الإقرار أو عقد البيع . ويؤشر بمضمونه على هامش تسجيل إعلان الرغبة ، على النحو الذي سبق بيانه (٣) . وإذا وقع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٢ .

(٢) محمود شوق في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٢٤٩ .

(٣) أنظر في ذلك محمود شوق في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٢٥٠ - ص ٢٥١ .

المشتري الإقرار أو عقد البيع ، وأبى بعد ذلك أو أبى البائع القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل كأن امتنع أحدهما عن التصديق على امضاءه ، جاز للشفيع أن يرفع دعوى بصحة الإقرار بالشفعة من جانب المشتري على كل من المشتري والبائع . فإذا حصل على حكم بذلك سجله فتنقل إليه الملكية (١) .

فإذا سجل الشفيع حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشتري على الوجه الذي سبق بيانه . وانتقلت إليه الملكية ، فإنها تنتقل من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . فالملكية إذن لا تنتقل من وقت البيع ، ولا من وقت إعلان الرغبة في الشفعة ، ولا من وقت تسجيل هذا الإعلان ، بل ولا من وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة . وإنما تنتقل من وقت تسجيل هذا الحكم النهائي أو تسجيل الإقرار بالشفعة من المشتري . والوقت الذي يحل فيه الشفيع محل المشتري لا أهمية له في تحديد وقت انتقال الملكية . وسواء حل الشفيع محل المشتري من وقت البيع على الرأي الذي نقول به . أو من وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة على الرأي الذي نقول به بحكمة النقض . أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون . فإن الملكية في جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا من وقت تسجيل حكم الشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بالشفعة وهذا ما تفرضه أحكام التسجيل . أما فيما بين الشفيع وبين البائع والمشتري وهما ليسا من الغير على الرأي الذي نقول به ، فالملكية لا تنتقل أيضا إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بالشفعة على ما تذهب إليه محكمة النقض ، ولكنها تنتقل في رأينا من وقت البيع لا من وقت التسجيل .

ومتى انتقلت الملكية إلى الشفيع على النحو الذي قدمناه . فإنه يجوز له أن يتصرف في العقار المشفوع فيه متى شاء وكيف شاء . فإنه قد أصبح مالكا

(١) وإذا أنكر البائع والمشتري ، في دعوى الشفعة التي يرفعها الشفيع عليهما ، وقوع البيع بينهما حتى يتفاديا أخذ الشفيع بالشفعة ، كان للشفيع أن يثبت هذا البيع بجميع طرق الإثبات ويدخل في ذلك الية والقرائن ، لأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آتيا من ٥٠٩ - وقرون محمد عل ٢ فقرة ٣١٦ من ٥٣٥ - من ٥٣٦ : ويدل على أن الشفيع ، إذا كان عقد البيع لم يسجل ، يطلب الحكم بصحة التعاقد في صحيفة دعوى الشفعة . ونرى أنه لا حاجة لتسجيل عقد البيع والتعهد لذلك بمطالب الحكم صراحة (١) . فإنه من الآثار تسجيل حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشتري دون أن يكون عقد البيع مسجلا كما قلنا في المتن) .

للعقار والمالك أن يتصرف في ملكه . ولا يعترض على ذلك بأن الشفيع إنما أخذ العقار بالشفعة ليستبقه لا ليتصرف فيه . وإلا كان مضارباً يستغل حقه في الشفعة للكسب والربح . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن القضاء للشفيع بالشفعة أو تراضيه عليها مع المشتري معناه أنه لم يكن متعسفاً في طلبها ولم يقصد الاستغلال ، فإذا ما أصبح مالكا للعقار المشفوع فيه صارت له جميع حقوق المالك . وأخصها حقه في التصرف في ملكه (١) .

٢٣٥ - التزام البائع بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع - نعمة الزهرلي

قبل التسليم : والمفروض هنا أن العقار المشفوع فيه لا يزال في يد البائع ، ولم يسلمه للمشتري . فيلتزم في هذه الحالة بتسليمه للشفيع ، لأنه هو المشتري بعد أن تلحق

(١) وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع أن يتخذ من حقه وسيلة للمضاربة ، ولكن بعد أن يثبت للشفيع الحق بالرضاء أو بالقضاء له أن يتصرف فيه كيف شاء ، لأنه بذلك صار مالكا للمشفوع فيه . وله إذن حرية التصرف في الثمن التي يبيع له ، بل وله الحق أن يتجر فيها ، فله أن يبيع ليكسب ، ولا يشترط أن يشفيع ليحفظ الملك المشفوع فيه لنفسه (بني سوف الكلية ١٦ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٥١ ص ٤٢٠) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٥ .

ولكن قبل الحكم بالشفعة ، إذا ثبت أن الشفيع قد قصد المضاربة والاتجار ، فتواطأ مع أجنبي على أن يقدم له المال اللازم للأخذ بالشفعة في مقابل أن يشاركه في الصفقة ، فإن هذا التعاقد مع الأجنبي يكون باطلا لقيامه على سبب غير مشروع (استئناف وطني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٤ ص ١٧٢) . وقد قضى بأنه يجب رفض طلب الشفعة ، إذا ثبت أن الشفيع قد اتفق مع شخص آخر على أن يقدم له الثمن الذي يأخذه به الصفقة بالشفعة في مقابل أن يأخذ هذا الشخص الآخر جزءاً من العقار المشفوع فيه (طنطا الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٢٣ ص ٢٧) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يقط ، إذا ثبت أنه عندما علم بالشراء أظهر رغبة في عدم الأخذ بالشفعة ، وأنه مارفَع الدعوى بعد هذا التنازل إلا لفائدة شخص آخر أراد أن يحصله سبيلا لتملك العقار المشفوع فيه (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤) . وانظر في هذا المعنى استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣١ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٦ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦١ . وانظر عكس ذلك وأن الشفعة صحيحة حتى لو ظهر أن الشفيع أخذ الثمن من الغير وقسمه العقار المشفوع فيه : استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٦١ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٢ - ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٠ .

العقار بالشفعة . وكل ما ذكرناه عند الكلام في عذ - البيع . في شأن التزام
البائع بتسليم المبيع ، ينطبق هنا (١) . ونشير بوجه خاص إلى أن البائع يلتزم
بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع . وبالمقدار
الذي عين له في العقد . وبالملحقات التي تتبعه . وملحقات العقار المشفوع فيه
هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله . وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء
وعرف الجهة وقصد البائع والمشتري (م ٤٣٢ مدني) . ويكون التسليم بوضع
العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به
دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام البائع قد أعلمه بذلك ،
وبحصول هذا التسليم على النحو الذي يفتقر مع طبيعة الشيء المبيع (م ١٤٣٥
مدني) . ويتم التسليم فوراً بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة . إلا إذا حدد
ميعاد معين في عقد البيع يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بتسليم
المبيع في ميعاد معين . أو اقتضت طبيعة المبيع شيئا من الوقت لتسليمه . ويتم
التسليم في المكان الذي يوجد فيه العقار المشفوع فيه . فعلى الشفيع أن يسعى إلى
هذا المكان لتسلم العقار . وإذا تأخر البائع عن التسليم . كان للشفيع أن يطالبه
بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر .

ولما كان الالتزام بالتسليم متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية وهو التزام
بتحقيق غاية ، فإن البائع إذا لم يسلم العقار المشفوع فيه للشفيع ، حتى لو كان
راجعا إلى سبب أجنبي ، كأن كان العقار بناء فاحترق قضاء وقدر ، فإن البائع
يكون مع ذلك لم يقم بالتزامه بالتسليم ، فيصبح مسئولا عن ذلك . ومن ثم تكون
تبعة هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم على البائع . لا على الشفيع . وقد ورد نص
صريح في هذا المعنى في البيع يجعل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا على
المشتري : فنصت المادة ٤٣٧ مدني على أنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب
لا يد لبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد
إعذار المشتري لتسلم المبيع » . وتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع لا على
الشفيع . حتى لو كان الشفيع قد سجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها
فانتقلت إليه ملكية العقار المشفوع فيه قبل أن يتسلمه من البائع . أما إذا تسلم

(١) أنظر ترويض : فقرة ٢٩١ ومبهمها .

الشفيع العقار المشفوع فيه . فإن تبعة الهلاك تكون عليه حتى لو كان لم يسجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها فلم تنتقل الملكية إليه . ونرى من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية . فتبعه هلاك العقار المشفوع فيه تكون على البائع قبل التسليم ونحو انتقلت الملكية إلى الشفيع . وتكون على الشفيع بعد التسليم ولو لم تنتقل إليه الملكية . ومعنى أن البائع يتحمل تبعة الهلاك أنه إذا هلك العقار وهو لا يزال في يده لم يسلمه إلى الشفيع . فإن كان قد قبض الثمن الذى أودعه الشفيع خزانة المحكمة (أو تسلمه من المشتري أو من الشفيع فى حالة الشفعة بالتراضى) ، وجب عليه أن يرده للشفيع . وإن كان لم يقبضه لم تجز له مطالبة الشفيع أو المشتري به . ومعنى أن الشفيع يتحمل تبعة الهلاك أنه إذا هلك العقار بعد أن يكون قد تسلمه ، جاز للبائع أن يقبض الثمن من خزانة المحكمة إذا لم يكن قد قبضه قبل الهلاك ، فإذا كان قد قبضه لم يجز للشفيع أن يطالبه برده . وإذا أعذر البائع الشفيع لتسلم العقار ، فمن وقت الإعذار يعتبر العقار فى حكم المسلم للشفيع . فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلى فإن هلاكه يكون على الشفيع لا على البائع . وفى هذا نقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدنى كما رأينا : « إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » ، أى أن الهلاك يكون استثناء على الشفيع إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع .

وإذا كان الهلاك جزئيا أو نقصا فى قيمة العقار بسبب تلف أصابه ، فإن التبعة تكون على البائع قبل التسليم ، وعلى الشفيع بعد التسليم . وتنص المادة ٤٣٨ مدنى فى هذا المعنى على أنه « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن » . فتكون تبعة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قبل تسليم العقار على البائع ، للأسباب نفسها التى ذكرناها فى حالة الهلاك الكلى . فالبائع ملزم بتسليم المبيع كاملا دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، وهو التزام بتحقيق غاية ، فإذا لم يقيم به البائع كان مسئولاً ، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى ، فتكون التبعة عليه هنا كما كانت التبعة عليه فى الهلاك الكلى . وينبنى على ذلك أن الشفيع ، فى حالة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة

قبل تسليم العقار إليه ، يكون بالخيار بين الفسخ (١) أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من العتار أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق في التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . ولكن إذا كان الهلاك أو نقص القيمة لم يبلغ من الحسامة قدر بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للشفيع حق الفسخ ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط . وغى عن البيان أن البائع إذا أعذر الشفيع لتسلم المبيع ، فإن الهلاك الجزئي أو نقص القيمة . إذا طرأ بعد ذلك على العقار قبل أن يتسلمه الشفيع فعلا ، يتحمل الشفيع تبعته كما يتحملها في الهلاك الكلي على ما أسلفنا (٢) .

٢٣٦ - التزام البائع : بمعاملة التعرض والاستحقاق للشفيع : رأينا (٣) أن الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٥ مدني تنص صراحة على أنه « إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . ورأينا (٤) أن هذا النص هو الذي يحمل الدليل القاطع على أن الشفيع يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، وأن شخص المشتري يخفى من الصفقة فتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة . فالبائع إذن يلتزم للشفيع باعتباره مشتريا بضمان التعرض والاستحقاق ، وتسري هنا أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ، لأن الشفيع قد حل كما قدمنا محل المشتري فيرجع بالضمان على البائع

(١) وإذا فسخ الشفيع . لم يكن له أن يطالب بالعقد المبيع بعد إنقاص الثمن أو حتى بعد دفع الثمن بأكمله ولا بد من عقد جديد بين البائع والمشتري ، يأخذ بموجبه المشتري العقار بالثمن الذي يتفق عليه مع البائع (أنظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٠٤) .

(٢) أنظر في كل ذلك الوسيط : فقرة ٣١٤ - فقرة ٣٢٤ - وأنظر على زكي المراهي فقرة ١٢٣ - فقرة ١٢٤ - عبد السلام ذفي في الأموال فقرة ٥٢٤ . وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٠ (ويذهب إلى وجوب تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في حالة الهلاك . ولا يرى وجهاً لهذا القول بعد أن نص القانون صراحة على أن الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه والتزاماته ، والمقصود طبعاً بالحقوق والالتزامات تلك التي قررها القانون - لا الفقه الإسلامي - بالنسبة إلى المشتري ، ويدخل في ذلك تحمل تبعه الهلاك . فيجب إذن تطبيق أحكام التقنين المدني ، لا أحكام الفقه الإسلامي ، في تعيين من يتحمل تبعه هلاك العقار المفقود فيه)

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٣١ .

كما يرجع المشتري (١) . فيرجع الشفع إذن على البائع بضمان التعرض الصادر من البائع نفسه ، وكذلك بضمان التعرض الصادر من الغير ويدخل في ذلك ضمان الاستحقاق . وتنص المادة ٤٣٩ مدني في هذا المعنى على أن « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه . سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع محتج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه » .

ففيما يتعلق بضمان البائع لتعرضه هو . يتحقق هذا الضمان إذا صدر من البائع عمل من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع الشفع بملكية العقار المشفوع فيه . ويستوى في ذلك أن يكون التعرض مبنياً على سبب مادي (trouble de fait) . أو أن يكون مبنياً على سبب قانوني (trouble de droit) . فالتعرض المبني على سبب مادي إما أن يقوم على أعمال مادية محضة ، أو أن يقوم على تصرفات قانونية . فالتعرض الذي يقوم على أعمال مادية مثله أن يكون البائع قد باع قطعة أرض حدها بميدان مملوك له . وأخذ الأرض شفع بالشفعة ، فلا يجوز للبائع أن يلغى الميدان ويقسمه أجزاء لبيعه لأن في ذلك حرمان الشفع من الانتفاع بمنظر الميدان . ويكون البائع في هذه الحالة ملزماً بضمان التعرض المبني على عمل مادي صادر منه هو (٢) . والتعرض الذي يقوم على تصرفات قانونية مثله أن يرهن البائع العقار بعد بيعه ، ويقيد الدائن المرتهن رهنه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فيسري الرهن في حق الشفع . فهنا يقع تعرض من جانب الدائن المرتهن وهو تعرض صادر من الغير . وهو في الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن الدائن المرتهن في تعرضه قد

(١) نفّض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النفّض ٩ رقم ١٠٢ ص ٧٧٦ - وحتى لو كان المشتري هو الذي قبض الثمن من الشفع . فإنه لا شأن له بضمان الاستحقاق . فلا يرجع الشفع عليه ثم يرجع هو (أي المشتري) على البائع . بل يرجع الشفع رأساً عن البائع . لأن الشفع قد حل محل المشتري في البيع منذ إبرامه . وهو بيع واحد غير بعد الأخذ بالشفعة صادراً مباشرة منذ البداية من البائع أو الشفع . لا بيع صادر من البائع إلى المشتري ثم بيع تال صادر من المشتري إلى الشفع . أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٣٧ .

(٢) أنظر بالنسبة إلى المشتري المنتفد ومضى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ لاستدلال ص ٢٥٠ .

استمد حقه من البائع ، وتعرض البائع في هذه الحالة بقوم على تصرف قانوني
لاعلى عمل مادي . يبنى تعرض البائع المبني على سبب قانوني ، ويتحقق إذا
ادعى البائع حقا على العقار المشفوع فيه في مواجهة الشفيع ، سواء كان الحق
المدعى به سابقا على البيع أولا حقا له . مثل الحق السابق على البيع أن يكون
البائع قد أفرز عقارا بموجب قسمة قابلة للإبطال ، ثم باع العقار فأخذه شفيع
بالشفعة ، فلا يجوز للبائع أن يطالب بإبطال القسمة لئلا يبطل البيع فتبطل
الشفعة ، فيكون هذا تعرضا من البائع للشفيع مبنيا على سبب قانوني سابق على
البيع . ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عقارا غير مملوك له فيأخذ
شفيع بالشفعة ، ثم يصبح البائع مالكا للعقار بالإرث أو بالشراء مثلا . فيحتج
على الشفيع بهذا الملك الحادث بعد البيع ، فعند ذلك يجوز للشفيع أن يدفع
دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه هو بسبب قانوني لاحق للبيع .
وقد لجأ القانون في هذه الحالة إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية في مثل هذا
البيع ، وهو بيع ملك الغير . تنتقل إلى المشتري أى إلى الشفيع إذا آلت ملكية
المبيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدني) . والتزام البائع بعدم
التعرض للشفيع التزام دائم ، فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للشفيع
في أى وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمس عشرة
سنة وهي مدة التقادم . فإذا أخل البائع بالتزامه بأن تعرض فعلا للشفيع ، تولد
عن الالتزام الأصلي بعدم التعرض التزام جزائي بالتعويض . وهذا الالتزام
الجزائي هو الذي يسقط بالتقادم ، فإذا لم يطالب به الشفيع في خلال خمس
عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلا سقط بالتقادم . وتختلف طريقة تنفيذ
هذا الالتزام الجزائي باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرض . فإذا
كان تعرض البائع للشفيع قائما على أعمال مادية محضة ، كإلغاء البائع للميدان
الذي يطل عليه العقار المشفوع فيه ، وجب على البائع تعويض المشتري عما
عما أصابه من الضرر ، وجاز في الوقت ذاته أن يطلب الشفيع التنفيذ العيني
لالتزام البائع فيجبره على إعادة الميدان إلى ما كان عليه . وإذا كان تعرض
البائع قائما على تصرف قانوني صادر منه هو ، كرهنه العقار المشفوع فيه وقيد
هذا الرهن قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، فلا مخلص من سريان الرهن

في حق الشفيع ، ويرجع الشفيع في هذه الحالة بالتعويض على البائع ، إما بموجب استحقاق الغير للعقار استحقاقا جزئيا كما سيأتي ، أو بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه هو لأن الدائن المرتهن استمد حقه من البائع نفسه . وإذا كان تعرض البائع مبنيا على سبب قانوني بأن ادعى حقا على المبيع سابقا على البيع أولا حقا له ، فالجزء هنا يتخذ صورة خاصة هي أن ترد دعوى البائع بهذا الحق ، فاذا ادعى الملكية وأراد الاسترداد لم يستطع أن يسترد ، لأن من وجب عليه الضمان لم يحز له الاسترداد . وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من البائع ، إما بزيادة الضمان أو بانقاصه أو باسقاطه ، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري . والاتفاق على زيادة الضمان أو على إنقاصه جائز ، فيزيد الضمان أو ينقص تبعا لذلك بالنسبة إلى الشفيع . أما الاتفاق على إسقاط الضمان فغير جائز ، وقد نصت المادة ١/٤٤٦ مدني على أنه « إذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ عن فعله هو . ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك » . فاذا كان البائع لا يستطيع أن يحتج على المشتري بالاتفاق على إسقاط الضمان ، فإنه لا يستطيع كذلك الاحتجاج بهذا الاتفاق على الشفيع (١) .

وفيما يتعلق بضمان البائع للتعرض الصادر من الغير ، يجب التمييز بين التعرض المبني على سبب مادي والتعرض المبني على سبب قانوني . وقد رأينا في التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنيا على سبب قانوني أو مبنيا على سبب مادي . أما في التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنيا على سبب قانوني . فالتعرض المبني على سبب مادي الصادر من الغير لا يضمنه البائع ، وما دام الغير لا يدعى أن له حقا على المبيع فالشفيع وشأنه مع المتعرض يدفع تعرضه بالوسائل التي أعطاها إياه القانون . فاذا ادعى الغير حقا على العقار المشفوع فيه ، فهذا هو التعرض المبني على سبب قانوني ويلتزم البائع بضمانه . ويشترط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع ، أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من البائع . فاذا كان الحق تاليا للبيع وغير مستمد من البائع لم يلتزم البائع بالضمان . ومثل الحق السابق على البيع أن

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٢٦ .

يكون البائع قد باع عقارا في حيازة الغير ، فأخذه شفيع بالشفعة ، ثم تبين أن الحائز للعقار قد ملكه قبل البيع بالتقادم الطويل أو التقادم القصير . فهنا يدعى الحائز حقا على العقار سابقا على البيع . وهو حق الملكية الذي كسبه بالتقادم . فيكون البائع ضامنا للشفيع هذا التعرض . ومثل الحق التالي للبيع وهو مستمد من البائع أن يكون البائع قد باع عقارا فأخذه شفيع بالشفعة ، وبعد البيع رتب البائع على العقار رهنا قيده صاحبه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . فهنا يدعى الدائن المرتهن حقا على العقار لا حقا للبيع ولكنه مستمد من البائع ، وهو حق الرهن الذي قيده قبل تسجيل إعلان الرغبة ، فيكون البائع ضامنا أيضا هذا التعرض للشفيع . ومتى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على النحو المتقدم . فإن البائع يجب عليه أن ينفذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا ، بأن يجعل الغير الذي تعرض للشفيع يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه (١) . فاذا عجز عن التنفيذ العيني ، بأن فاز الغير بأثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعوض الشفيع عما أصابه من الضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه وهذا هو ضمان الاستحقاق . وهو إما أن يكون ضمانا عن استحقاق كلي ، أو ضمانا عن استحقاق جزئي . ففي الضمان عن الاستحقاق الكلي ، نصت المادة ٤٤٣ مدني على أنه : إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري (وهنا المشتري هو الشفيع) أن يطلب من البائع : ١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . ٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع . ٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية . ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق : عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتحبه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ . ٥ - وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . كل هذا ما لم يكن راجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله (٢) .

(١) أنظر في تنفيذ الضمان تنفيذا عينيا بطريق تدخل البائع ما سبق بيانه في هذا الشأن عند الكلام في البيع (الوسيط : ٣٤٧ - ٣٥٠) .
(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط : ٣٥٢ .

وفي الضمان عن الاستحقاق الجزئي ، نصت المادة ٤٤٤ مدني على أنه « إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف ، وكانت خسارة المشتري (الشفيع) قد بلغت قدرها لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . ٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » (١) . وقد يتوقى الشفيع استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مقابل للمستحق ، وفي هذه الحالة تنص المادة ٤٤٢ مدني على أنه « إذا تولى المشتري (الشفيع) استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » (٢) . وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من الغير ، إما بزيادة الضمان أو بانقاصه أو بإسقاطه ، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي ، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلاً أيضاً بالنسبة إلى الشفيع . وكذلك إذا اتفق على إسقاط الضمان دون أن يعتمد البائع إخفاء حق الأجنبي ، كان مع ذلك مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار . فتسرى هذه الأحكام أيضاً على الشفيع وقد حل محل المشتري ، ويعتد في العلم بسبب الاستحقاق وفي الشراء مع سقوط الخيار بالمشتري لا بالشفيع . وفي هذا كله تنص المادة ٤٤٥ مدني على أنه « ١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان . ٢ - ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٣ - وإذا رد الشفيع المقار البائع بموجب هذه الأحكام ، لم يجوز للمشتري أن يأخذ المقار المشغوع فيه بموجب عقد البيع الأصل وإذا أراد أخذه ، كان ذلك بمقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر في الملاك الجزئي إذا رد الشفيع المقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤ هامش ١) .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٤ .

الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .
 ٣ - ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي . وتنص المادة ٢٤٤٦ مدني على ما يأتي : « أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق . إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى سائط الخيار (١) » .

٢٣٧ - التزام البائع بضمانه العيوب الخفية للشئ : ويلتزم البائع أخيراً

- مباشرة نحو الشئ وحده - بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع فيه .
 ورجوع الشئ المباشر على البائع وحده بضمان العيوب الخفية ، كرجوعه المباشر على البائع وحده بضمان التعرض والاستحقاق ، دليل قاطع على أن الشئ قد حل محل المشتري من وقت البيع . وقد نصت المادة ٤٤٧ مدني في خصوص ضمان العيوب الخفية على أن « ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري (وقد حل محله الشئ) وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ ، أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .
 ٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه » . فالعيب في العقار المشفوع فيه ، حتى يوجب الضمان ، يجب أن يكون مؤثراً ، وأن يكون قديماً أي موجوداً في العقار قبل تسليمه للمشتري أو للشئ ، وأن يكون خفياً فإذا كان ظاهراً وقت أن تسلم العقار المشتري أو الشئ ورضى به هذا أو ذاك لم يضمنه البائع (٢) ، وأن يكون غير معلوم للمشتري وقت أن تسلم العقار فإذا كان

(١) انظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٥ - فقرة ٣٥٩ - وانظر في تفصيل ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير الوسيط ٤ فقرة ٣٢٧ - فقرة ٣٥٩ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٧ ص ٤٨٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٣٨ .

(٢) فإذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشتري - لا الشئ - كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص العقار بعناية الرجل العادي ، فلا ضمان على البائع . ومع ذلك -

الشفيع هو الذي تسلمه مباشرة من البائع وجب أن يكون العيب غير معلوم له^(١). فإذا وجد بالعقار عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة . وجب على الشفيع المبادرة إلى إخطار البائع به ، فإذا ما أخطره . كان له أن يرجع عليه بالضمان . ويجب التمييز هنا بين ما إذا كان العيب جسماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، وبين ما إذا كان العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد . ففي الحالة الأولى يكون الشفيع مخيراً بين رد العقار المشفوع فيه وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلي^(٢) ، وبين استبقاء العقار مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . وفي الحالة الثانية لا يكون للشفيع إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب^(٣) .

وتسقط بالتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع إلى المشتري ، فإذا لم يسلم إلى المشتري فن وقت تسليمه رأساً إلى الشفيع . وقد نصت المادة ٤٥٢ مدني في هذا الصدد على أن ١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول . ٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتام التقادم ، إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه^(٤) .

يجب الضمان على البائع في هذه الحالة إذا أثبت الشفيع أحد أمرين إما أن يكون البائع قد أكد للمشتري خلو العقار من العيب المعين الذي وجد به بعد ذلك ويستطيع الشفيع أن يثبت هذا التأكيد من البائع للمشتري بجميع طرق الإثبات ، أو أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب عن المشتري غشاً منه وللشفيع أن يثبت ذلك أيضاً بجميع طرق الإثبات .

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٦٥ - فقرة ٣٦٨ .

(٢) ولا يجوز للمشتري أن يأخذ العقار المشفوع فيه في هذا الغرض بموجب عقد البيع الأصلي ، فإذا أراد أخذه لم يجز له ذلك إلا بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر في الملاك الجزئي وفي الاستحقاق الجزئي إذا رد الشفيع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤٥ هامش ١ وص ٧٥٠ هامش ١) .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٧٤ .

(٤) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٧ .

وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية ، إما بزيادة الضمان أو بإقصائه أو بإسقاطه ، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في العتار المشفوع فيه غشاً منه ، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلاً أيضاً بالنسبة إلى الشفيع . وتنص المادة ٥٣ : مدني في هذا الصدد على أنه « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » (١) .

٨٢ - التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع - الثمن المؤجل - الفوائد :

والمفروض هنا أن البائع لم يقبض الثمن من المشتري ، فإذا ما أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة ، أصبح ملتزماً بدفع الثمن للبائع . وغنى عن البيان أن مقدار الثمن يكون قد تعين إما في الحكم القاضي بالشفعة (٢) ، أو بالتراضي بين جميع الأطراف إذا أخذت الشفعة بالتراضي : ففي الحالة الأولى ، حالة الحكم بالشفعة ، يكون الشفيع قد أودع الثمن خزانة المحكمة (٣) ، فما على البائع إلا أن يسحب من خزانة المحكمة ما أودعه الشفيع ، ويكون الشفيع قد وفى على هذا النحو بالتزامه بدفع الثمن (٤) . وقد يكون ما أودعه الشفيع أكثر من

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٨ - فقرة ٣٧٩ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ وما بعدها .

(٤) ولم يكن الشفيع ملتزماً ، بحسب قانون الشفعة السابق ، بإيداع الثمن خزانة المحكمة فكان البائع يستطيع التنفيذ بالثمن على أموال الشفيع بموجب الحكم القاضي بالشفعة ، ولم يكن في حاجة إلى رفع دعوى جديدة بالثمن . وقد قضى ، في عهد قانون الشفعة السابق ، بأن الحكم الذى يقضى بالشفعة يقضى في الوقت نفسه بدفع الثمن ، فليس المشتري في حاجة إلى قضاء جديد يلزم الشفيع بدفع ثمن هذه الشفعة ، وإنما إذا تعلل الشفيع في حبس الثمن بوجود دين على المين تمين صدور حكم باستمرار التنفيذ (استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣) . فلا محل إذن لتكليف المشتري رفع دعوى جديدة بالثمن لأن الثمن مقضى به في حكم الشفعة ، وقد أصبح مقدراً غير متنازع فيه ، بل إن رفع دعوى جديدة في شأنه تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٨ ص ٤٨٠) .

الثمن الحقيقي ، بأن يكون قد أودع الثمن المذكور في العقد ثم أثبت في دعوى الشفعة أن ما ذكر في العقد أكثر من الثمن الحقيقي ، فمن حقه أن يسحب من خزانة المحكمة الفرق بين ما أودعه وبين الثمن الحقيقي . بل له أن يتقاضى تعويضاً من البائع والمشتري متضامين على أساس المسؤولية التقصيرية لأنهما تواطأ معا على ذكر ثمن في العقد أكبر من الثمن الحقيقي ، فيحكم له بالفوائد القانونية للزيادة التي أودعها من وقت الإيداع إلى وقت سحبها من خزانة المحكمة . ويحدث أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد ، ثم يثبت المشتري أو البائع أنه أقل من الثمن الحقيقي (١) . وعند ذلك يكون الشفيع ملتزماً بدفع الباقي من الثمن للبائع . أما في الحالة الثانية ، حالة التراضي على الشفعة ، فإن الشفيع يكون ملتزماً بدفع كل الثمن المتفق عليه للبائع ، لأنه لا يكون قد أودع شيئاً من الثمن خزانة المحكمة .

وأياً كان المبلغ الذي يلتزم الشفيع بدفعه للبائع ، كل الثمن أو الباقي منه ، فإنه يلتزم بدفعه فوراً . وهذا حتى لو كان البائع قد اتفق مع المشتري في الأصل على تأجيل الثمن ، فليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري . وقد رأينا (٢) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٤٥ مدني تنص في هذا الصدد على ما يأتي : « وإنما لا يحق له (للشفيع) الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ، إلا برضاء البائع » . والسبب في ذلك واضح ، فإن البائع قد يضع في المشتري ثقة لا يضعها في الشفيع فيقبل أن يؤجل الثمن للأول دون الثاني ، وقد تربطه بالمشتري دون الشفيع من الصلات ما يدفعه إلى تأجيل الثمن للمشتري . فتأجيل الثمن أمر منظور فيه لاعتبارات تتعلق بشخص المشتري ، فلا تتعدى هذه الاعتبارات إلى شخص الشفيع . ومع ذلك قد يرضى البائع ، كما يقول النص سالف الذكر ، بتأجيل الثمن للشفيع أيضاً لأسباب يراها مبررة لذلك ، فيتأجل الثمن على الشفيع على النحو الذي رضى به البائع (٣) . ورضاء البائع بتأجيل

(١) انظر آنفاً فقرة ٢١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٣٣ .

(٣) نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٥ ص ٩ - استئناف مبهر

١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحامة ١٠ رقم ٢١٢ ص ٤٣٢ - استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١

التمن للشفيع إنما يأتي بعد الأخذ بالشفعة . أما في أثناء إجراءات دعوى الشفعة فيجب على الشفيع أن يودع كل التمن خزانة المحكمة حتى لو كان البائع راضيا بتأجيل التمن وقد سبق بيان ذلك (١) . فإذا ما ثبت حق الشفيع في الشفعة ، ورضى البائع بتأجيل التمن أو تقسيطه ، استطاع الشفيع أن يسحب التمن كله أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع ، وعليه بعد ذلك أن يسدده للبائع في الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها (٢) . هذا إذا أخذ الشفيع الشفعة قضاء ، فإن أخذها بالتراضي فإن التمن يكون مؤجلا أو مقسطا تبعا لما يتم الاتفاق عليه بينه وبين البائع .

وفي المدة التي يودع فيها التمن خزانة المحكمة ، من وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة وتمكن البائع من سحب التمن ، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن التمن ، لأن تعطيل التمن لم يكن بخطأه فقد أودعه خزانة المحكمة وكان على البائع والمشتري أن يسلموا له بالشفعة فيقبض البائع التمن فوراً (٣) . وإذا كان المشتري دون البائع هو الذي لم يسلم بالشفعة ، كان رجوع البائع بالفوائد مدة تعطيل التمن في خزانة المحكمة على المشتري لا على الشفيع . فإذا ثبت حق الشفيع في الشفعة ، بالتقاضي أو بالتراضي ، وبقي التمن أو بعضه في ذمة الشفيع للبائع لسبب من الأسباب التي تقدم ذكرها ، فإن استحقاق البائع للفوائد تسري في شأنه القواعد العامة . وتنص المادة ٤٥٨ مدني في هذا الصدد على أنه ١ - لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن التمن ، إلا إذا أعذر المشتري (وقد حل محله الشفيع) أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . ٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . ويخلص من هذا النص أنه إذا كان الشفيع لم يدفع التمن إلى البائع ، سواء كان التمن حالاً واجب الأداء فوراً أو كان مقسطاً أو كان مؤجلاً إلى وقت معين .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٦٤ .

(٣) استئناف مخطوط ٢٥ مايو سنة ١٩٤١ م ص ١٢٥ .

فإن الشفيع لا يكون مسئولاً عن فرائد هذا الثمن إلا في حالات ثلاث : (١) إذا وجد اتفاق بين البائع والشفيع ، عند تأجيل الثمن مثلاً أو تقسيطه ، على أن الشفيع يدفع فرائد عن الثمن المستحق في ذمته . وتكون الفوائد في هذه الحالة فرائد اتفاقية لا يجوز أن تزيد على ٧٪ ، والاتفاق هو الذي يحدد من أي وقت تسري الفوائد المتفق عليها (١) . (٢) فإذا لم يوجد اتفاق على الفوائد ، كانت الفوائد مستحقة من وقت تسلم الشفيع للعقار المشفوع فيه إذا كان هذا العقار قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، والفوائد المستحقة في هذه الحالة هي الفوائد القانونية . (٣) فإذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه أو تسلمه ولم يكن قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، ولم يكن هناك اتفاق على دفع فوائد ، فإن الفوائد لا تستحق على الثمن إلا إذا كان الثمن مستحق الوفاء وأعذر البائع الشفيع أن يدفعه ، فمن وقت الإعذار إلى وقت الدفع تجب الفوائد القانونية (٢) . وجزء إخلال الشفيع بالتزامه من دفع الثمن والفوائد تسري في شأنه القواعد العامة ، فللبائع حق الفسخ (٣) ، كما له أن يحبس العقار

(١) ويقلب أن يتفق البائع مع الشفيع على دفع فوائد إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً ، وعلى أن تسري الفوائد من وقت البيع إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل قسط من أقساطه . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع ، في الشفعة بالتراضي مثلاً ، من أن يشترط على الشفيع دفع فوائد اتفاقية حتى لو كان الثمن حالاً واجب الدفع فوراً ، فيكون على الشفيع أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد ، فإن تأخر في الدفع كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٩٤ .

(٣) وإذا فسخ البائع لم يحز المشتري أن يأخذ العقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع الأصلي ، فإن أراد أخذه لم يحز له ذلك إلا بمقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر في الهلاك الجزئي والاستحقاق الجزئي والتبويب الخفية إذا رد الشفيع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤٥ هامش ١ وص ٧٥٠ هامش ١ وص ٧٥٢ هامش ٢) .

وإذا رفع البائع دعوى الفسخ ، كان للشفيع ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يتوق الفسخ بدفع الثمن إلى وقت صدور الحكم النهائي في دعوى الفسخ . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحكم النهائي القاضي بالشفعة يعتبر سداً للملكية المحكوم له للمعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن المبين في الحكم . فإذا كان هذا الحكم لم يحدد ميعاداً لدفع الثمن ، ورفعت على المحكوم له بالشفعة دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة لتخلله عن دفع الثمن . فإن هذه الدعوى هي ، حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند التملك . والمحكوم له بالشفعة أن يتوق الفسخ بدفع الثمن =

في يده حتى يستوفي الثمن والفوائد ، وله حق امتياز البائع على هذا العقار (١) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني تنص بأن للمشتري ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليفه من هذا الوقت أيضا . واستحقاق المشتري ، وقد حل محله الشفع ، للشركات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكاً للمبيع وباعتباره مالكاً يملك ثمر ملكه ونماءه ويكون عليه تكاليفه (٢) . ويرتب على ذلك أن الشفع ، بعد أن حل محل المشتري ، لا يملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار ، وذلك سواء كان العقار لا يزال في يد البائع وهو الذي يستولى على ثماره ، أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذي يقبض هذه الثمار . وهنا تظهر الأهمية العملية في تحديد الوقت الذي تنتقل فيه ملكية العقار إلى الشفع . فإن الشفع يملك الثمار من هذا الوقت (٣) . وقد رأينا أن لمحكمة النقض في هذه المسألة قضاء مستقرا ، يطبق عادة عند تسليم العقار المشفوع فيه للمشتري فيقبض هذا ثماره ويطالبه الشفع بردها ، فرجىء بحث المسألة إلى حين الكلام في علاقة الشفع بالمشتري (٤) . أما هنا فنقتصر على تملك الشفع للثمار ، إذا كان العقار لا يزال في يد البائع ولم يتسلمه المشتري . ففي هذه الحالة ، وقد حل الشفع محل المشتري ، فإنه يملك الثمار وهي في يد البائع من الوقت الذي كان المشتري يملكها فيه . ونقضي المادة ٤٥٨ / ٢ مدني كما رأينا بأن للمشتري ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . فيتملك الشفع ، وقد حل محل المشتري كما قدمنا ، الثمار وهي في يد البائع من وقت تمام البيع ، فله

= المحدد في حكم الشفعة إلى وقت صدور الحكم النهائي في هذه الدعوى (نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٦٥ ص ١١٣٤) . وانظر أيضاً استئناف وطني ٢٢ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٧ ص ٨٩ .

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٤٠١ - فقرة ٤١٥ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٢٨٣ وفقرة ٣٩٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٢ .

(٤) أنظر مايل فقرة ٢٤٥ .

أن يطالب البائع بها . وعليه أن يرد للبائع ، من ذلك الوقت أيضا ، التكاليف كالأضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك (١) .

٢٣٩ - التزام الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه : ويلتزم الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه ، يتسلمه من البائع إذا كان لا يزال في يده ، أو يتسلمه من المشتري إذا كان هذا قد تسلمه . وقد نصت المادة ٤٦٣ مدني ، في صدد تسليم المشتري (وقد حل محله الشفيع) للمبيع ، على أنه « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع ، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » . ونصت المادة ٤٦٤ على أن « نفقات تسليم المبيع على المشتري . ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » . والتسليم . في أغلب صورته ، هو العملية المتممة للتسليم . فالبايع يلتزم بتسليم المبيع ، والشفيع يلتزم بتسلمه بأن يستولى عليه فعلا . وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع ، بعد القضاء له بالشفعة ، أن يرفض تسليم العقار المشفوع فيه ودفع الثمن ، بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم قد خول حقا للمشتري أو البائع ، وهو قبض الثمن (٢) .

ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ، أما نفقات تسامه فتكون على المشتري وقد حل محله الشفيع (٣) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٩٣ .

(٢) استئناف وطني ١٤ مايو سنة ١٩٠٨ الاستقلال ٦ ص ٢٩٢ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٤ - وقارن استئناف وطني ١٧ مايو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٤ - وقضى أيضاً بأنه ليس للشفيع أن يرغم المشتري على انتظاره حتى يختار هو الوقت المناسب له لتسلم العين ودفع الثمن (مصر الكلية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ اخدماة ٨ رقم ٢٦٥ ص ٣٧٦) - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٨ ص ٤٨٠ .

(٣) أنظر في تفصيل الالتزام بتسليم البيع الوسيط : فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٥ - وقد يوجب عقد البيع على المشتري التزامات خاصة . فيلتزم به الشفيع لأنه حل محل المشتري . وقد نصت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع يلتزم بالشروط الواردة في عقد البيع ، والذي يلتزم المشتري ببناء منزل للسكنى في الأرض المبيعة في خلال عام من وقت البيع . وإلا فسح البيع (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) .

§ ٢ - معرفة الشفع بالشئ

٢٤٠ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٦ مدني على ما يأتي :

- ١ - « إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، كان الشفع مازماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبالغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس » .
 - ٢ - « وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، كان للشفع أن يطالب بالإزالة ، فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » (١) .
- ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٠ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٣ - وفي قانون المالكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٥ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهدي كان يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتي : « أما ما صرف في حفظ العقار وصيانته ، فيلزم دفعه في كل الأحوال للمشتري المشفوع منه » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة لأنها تطبق للقواعد العامة ، ووافقت اللجنة على النص بعد تعديله على هذا الوجه تحت رقم ١٠٢٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٦ - ص ٤٣٨) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٠ : إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً ، قبل طلب الأخذ بالشفعة ، يكون الشفع ملزماً ، بناء على رغبة المشتري ، إما أن يدفع له ما صرفه أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس - أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة ، فللشفيع الخيار إذا شاء طلب إزالتها ، وإن شاء طلب بقاءها . وفي هذه الحالة لا يلزم إلا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس . أما ما صرف في حفظ العقار وصيانته ، فيلزم دفعه في كل الأحوال للمشتري المشفوع منه . (وأحكام التقنين المدني الجديد تتفق مع أحكام قانون الشفعة السابق) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٥٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي ١١٤٣ : ١ - إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس

والنصر بواجهه خصوصية هامة من خصوصيات علاقة الشفيع بالمشتري . ويمكن القول بوجه عام إن المشتري إما أن يتسلم العقار المشفوع فيه من البائع ، وعندئذ تنشأ علاقات متعددة بينه وبين الشفيع بسبب انتقال حيازة العقار المشفوع فيه إليه ، أو لا يتسلمه . وفي الحالة الأخيرة ، إذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه ، فإن علاقته بالشفيع تكون جد محدودة ، فهو قد اختفى من الصفقة كما قدمنا وحل الشفيع محله فيها ، ولم يتسلم العقار المشفوع فيه حتى ينشأ عن هذا التسلم حقوق والتزامات لكل منهما قبل الآخر ، وتكاد تنحصر العلاقة بينهما في رجوع المشتري على الشفيع بمصروفات البيع التي يلتزم بها المشتري عادة في دفعها ، فإذا أخذ الشفيع بالشفعة رجع بها عليه ، سواء تسلم العقار أو لم يتسلمه . ويستوى في ذلك أن يكون المشتري قد سجل عقد شرائه أو لم يسجله . أما إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه من البائع ، وهذا هو الغالب ، فسواء سجل عقد شرائه أو لم يسجله ، فإن حقوقاً له قد تنشأ قبل الشفيع ، وتنشأ للشفيع حقوق قباه . ذلك أن المشتري ، وقد اختفى من الصفقة ولكنه تسلم العقار المشفوع فيه ، يمكن اعتباره حائزاً لهذا العقار ، ويكون حائزاً حسن النية قبل إعلانه برغبة الشفيع في الشفعة ، وحائزاً سيئ النية بعد إعلانه بهذه الرغبة . وعلى ذلك تكون حقوق المشتري قبل الشفيع ، إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه ، هي : (١) استرداد الثمن إذا كان قد وفاه للبائع ، واسترداد مصروفات البيع لأنه يكون قد دفعها ؛ (٢) التعويض عن

= فيه أشجاراً قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزماً بأن يدفع المشتري مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الفراس . ٢ - أما إذا حصل البناء أو الفراس بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان للشفيع أن يطلب القلع . وإذا كان القلع مضرّاً بالعقار ، كان له أن يستبق البناء أو الفراس بقيمتيهما مستحق القلع . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين الأول يلزم الشفيع بأن يدفع المشتري زيادة القيمة في حالة البناء أو الفراس قبل إعلان الرغبة ، أما التقنين المصري فيخير المشتري بين هذه القيمة وقيمة ما أنفق . ويختلفان ، في حالة البناء أو الفراس بعد إعلان الرغبة ، في أن التقنين العراقي يعطى للشفيع إذا كان القلع مضرّاً بالعقار الحق في استبقاء البناء أو الفراس بقيمته مستحق القلع ، أما في التقنين المصري فالشفيع إذا استبق البناء أو الفراس يلتزم بدفع قيمة ما أنفق المشتري) .

المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة ، إذا كان قد أنفق على العقار المشفوع فيه شيئاً من ذلك . (٣) التعويض عن البناء أو الغراس ، إذا كان قد بنى أو غرس في العقار المشفوع فيه ، طبقاً للأحكام الواردة في المادة ٩٤٦ مدني سائلة الذكر . وأما حقوق الشفيع قبل المشتري فهي : (١) تسلم العقار المشفوع فيه وما ينطوي عليه ذلك من تحمل تبعة الهلاك ، لأن المشتري وقد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع يلتزم بتسليمه للشفيع . ولا يلتزم المشتري بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ولا بضمان التعرض والاستحقاق ولا بضمان العيوب الخفية ، فهذه كلها التزامات يتحمل بها البائع رأساً نحو الشفيع ، وقد تقدم القول فيها . (٢) استرداد ثمار العقار المشفوع فيه ، لأن المشتري وقد تسلم هذا العقار يكون قد قبض ثماره . فتبحث هذه المسائل الخمس على التعاقب .

٢٤١ - هو المشتري في استرداد الثمن منه الشفيع واسترداد

مصروفات البيع : المفروض هنا أن الثمن غير مؤجل ، وأن المشتري قد دفعه للبائع . فإذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة قضاء ، فأودع الثمن خزانة المحكمة ، سحب المشتري الثمن من الخزانة ، فاسترد على هذا النحو الثمن الذي سبق أن دفعه للبائع ، وبذلك يكون الشفيع قد وفى التزامه نحو المشتري من رد الثمن إليه . وقد سبق بيان ما يجب خصمه من المبلغ المودع خزانة المحكمة إذا أثبت الشفيع أن هذا المبلغ أكبر من الثمن الحقيقي ، وما يجب إضافته إلى هذا المبلغ إذا أثبت البائع أو المشتري أنه أقل من الثمن الحقيقي ، فتحيل إلى ما تقدم في هذا الشأن (١) . وفي حالة التراضي على الشفعة ، يكون الشفيع ملتزماً بدفع الثمن المتفق عليه للمشتري (٢) . وأياً كان المبلغ الذي يلتزم الشفيع بدفعه ، كل الثمن أو الباقي منه ، فإنه يلتزم بدفعه فوراً للمشتري . ولا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن

(١) أنظر آنفاً ص ٧٥٣ - ص ٧٥٤ .

(٢) وليس للمشتري ، في جميع الأحوال ، أن يطلب من الشفيع مبلغاً أكبر من الثمن الحقيقي الذي اشترى به بدعى أن العقار قد زادت قيمته ، إذا كانت هذه الزيادة نتيجة لأسباب اقتصادية عامة وليست من فعل المشتري . كذلك لا يجوز للشفيع أن يطلب إنقاص الثمن بدعى أن العقار قد قلت قيمته نتيجة لهذه الأسباب الاقتصادية العامة . أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسي

الثمن ، إلا في الحالات التي سبق أن بينها في التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع (١). وإذا أخل الشفيع بالتزامه بدفع الثمن وفوائده للمشتري . وجب تطبيق القواعد العامة . ولما كان البائع قد استوفى الثمن من المشتري كما سبق القول ، فإنه يمتنع الفسخ لعدم رد الشفيع الثمن للمشتري (٢) . ذلك بأن المشتري إنما يسترد من الشفيع الثمن الذي دفعه للبائع ، لأنه دفع عنه ديناً واجباً في ذمته للبائع . فيكون رجوع المشتري على الشفيع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . ومن ثم لا يكون للمشتري حق الفسخ كما قدمنا . وإنما يكون له حق التنفيذ على أموال الشفيع . كما أن له أن يحبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع الثمن والفوائد (٣).

(١) أنظر آتياً فقرة ٢٣٨ - وذلك لأن الشفيع قد أودع الثمن خزنة المحكمة ، فن وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة وتمكن المشتري من سحب الثمن من خزنة المحكمة إذا كان قد وده للبائع ، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن الثمن ، لأن تعطيل الثمن لم يكن بخساً منه ، وقد قررنا مثل ذلك بالنسبة إلى البائع (أنظر آتياً فقرة ٢٣٨) . وعلى ذلك يكون غير صحيح ماورد في المذكرة الإيضاحية من أن «المشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه الثمار» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٠) ، أي من وقت إعلان المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة. فإن المشتري ، من ذلك الوقت ، يكون ملزماً برد الثمار للشفيع (أنظر مايل ص ٧٧٤ ، ولا يجوز له مع ذلك تقاضي فوائد عن الثمن من الشفيع ، إذ أن الشفيع يكون قد أودع الثمن خزنة المحكمة وحرم نفسه من الانتفاع به ، وذلك بسبب عدم تسليم المشتري بالشفعة عن غير حق . عل أن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع إنما كان تفسيراً لما جرى به الحكم في هذا المشروع من أن الشفيع لا يلزم إلا بإيداع ثلث الثمن ، ومن ثم يكون ملزماً بدفع فوائد المالم يودعه من الثمن في خزنة المحكمة (أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٩ ص ٥٤١ - وانظر هذه المسألة : استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ - استئناف مخطط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - ٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٥) .

(٢) قارن استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦٠٨ ص ١٣٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٣ والأحكام المشار إليها فيه .

(٣) استئناف مخطط ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٣ . وفي عهد قانون الشفعة السابق وكان لا يلزم الشفيع بإيداع الثمن خزنة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، استقر القضاء على أنه يجوز أن يقرن الحكم بالشفعة بالتزام الشفيع بدفع الثمن للمشتري في خلال مدة معينة ، وإلا سقط حقه في الشفعة دون حاجة لتبني عيب من المشتري ، حتى لو لم ينص الحكم على سقوط الحق جزئاً على عدم الدفع (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٨ ص ٤٠١ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦ ص ٩٥) . وقد قضت محكمة النقض بأن وجوب اختتام البائع والمشتري ودعوى الشفعة لإجراؤه أوجب القانون .

ويسترد المشتري من الشفيع أيضاً مصروفات البيع . سواء كانت رسمية كرسوم توثيق البيع المشفوع فيه ورسوم الدفعة ورسوم التصديق على الإمضاءات ورسوم التسجيل ورسوم استخراج الشهادات العقارية . أو كانت غير رسمية كالسمرة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة الأرض المشفوع فيها . وهذه المصروفات التزم المشتري بدفعها عند شرائه العقار ، وقد نصت المادة ٤٦٢ مدني في هذا الصدد على أن « تنفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري . ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » . وعلى هذا يسترد المشتري من الشفيع هذه المصروفات طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب كما في استرداد الثمن . ويكون للمشتري حق التنفيذ على أموال الشفيع وله أن يخبس العقار المشفوع فيه . وقد قدمنا أن الشفيع لا يلتزم بإبداع مهورات البيع مع الثمن خزائنة المحكمة إذا رفع دعوى الشفعة ، وإنما تكون هذه المصروفات محل مطالبة من المشتري للشفيع في أثناء نظر الدعوى ، وعلى المشتري أن يثبت مقدار ما أنفق منها حتى يقضى له به على الشفيع (١) .

٢٤٢ - من المشتري في التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة : وقد ينفق المشتري على العقار المشفوع فيه ، بعد أن يتسلمه من البائع ، مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري حائزاً للعقار المشفوع فيه ، وقد أنفق عليه هذه المصروفات ، فيرجع بها على المالك وهو هنا الشفيع ، طبقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن . وتنص المادة ٩٨٠ مدني في هذا الصدد على أنه ١ - على المالك الذي

= على خلاف الأصل الذي يقضى بأن المدعى حر في توجيه دعواه إل من يشاء ، فلا يجوز التوسع في مفهوم هذا الاستثناء . ولما كان ذلك ، وكانت دعوى الشفعة تنتهي بصدور الحكم فيها ، فإنه لا يشترط لقبول الدعوى التي ترفع بطلب سقوط حكم الشفعة اختصاص البائع فيها (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣٩ ص ٢٧٦) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٤ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بملحقات الثمن دون أن يبين مقدارها ، وكان هذا المقدار كما هو ثابت من المستندات المقدمة في الطعن محل نزاع بين الطرفين ، فإن إغفاله يكون قصوراً مستوجباً نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٥ - ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٦ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٠١٦) .

يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية ،
 ٢ - أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ ،
 ٣ - فإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها . ومع
 ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته
 الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة .
 وتقضى المادة ٩٨٢ مدني بأنه يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه
 مناسباً للوفاء بالمصروفات المتقدمة الذكر ، « وله أن يقضى بأن يكون الوفاء
 على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ، وللمالك أن يتحلل من
 هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوصاً منها فوائدها
 بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » .

وسنتولى شرح هذه الأحكام تفصيلاً عند الكلام في الحيازة وفي علاقة
 الحائز بالمالك . ونقتصر هنا على القول بأن المشتري ، إذا أنفق على العقار
 المشفوع فيه مصروفات ضرورية ، استردها بأكملها من الشفيع ، وعليه أن
 يثبت مقدار هذه المصروفات ، في أثناء دعوى الشفعة ليقضى له بها ، أو أن
 يرفع بها دعوى على حدة . أما المصروفات النافعة ، فيطبق في شأنها قواعد
 الالتصاق المقررة في المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني ، وقد مر ذكرهما عند الكلام
 في قواعد الالتصاق (١) . ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كانت هذه
 المصروفات النافعة قد أنفقت على العقار المشفوع فيه قبل إعلان المشتري برغبة
 الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة حسن النية وتسرى عليه أحكام
 المادة ٩٢٥ مدني (٢) ، وما إذا كانت هذه المصروفات قد أنفقت بعد إعلان
 المشتري برغبة الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة سيئ النية وتسرى
 عليه أحكام المادة ٩٢٤ (٣) . وفي الحالتين يطالب المشتري الشفيع بالتعويض
 عن المصروفات النافعة طبقاً للأحكام المشار إليها إما في أثناء نظر دعوى
 الشفعة ، أو في دعوى على حدة . وإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

للمشتري أن يطالب الشفيع بشيء منها ، سواء أنقضت هذه التصرفات بعد إعلان المشتري برغبة الشفيع في الشفعة أو قبل إعلان هذه الرغبة . ويكون الشفيع بالخيار بين أن يستبقى المنشآت الكمالية التي استحدثها المشتري مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو أن يجبر المشتري على إزالتها وعلى إعادة العقار إلى حالته الأولى . ويطالب الشفيع المشتري بذلك إما في أثناء نظر دعوى الشفعة ، أو في دعوى على حدة . وللمشتري حبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع المستحق له . بسبب المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة والمصروفات الكمالية .

٢٤٣ - هو المشتري في التعويض والغراس : وقد بينى

المشتري في العقار المشفوع فيه أو يغرس فيه أشجارا ، بعد أن يتسلمه من البائع . وقد تكفلت المادة ٩٤٦ مدني سالفه الذكر (١) ببيان ما يرجع به المشتري على الشفيع من التعويض بسبب هذا البناء أو الغراس . ولم يطبق المشرع ، في هذه المادة ، الأحكام العامة في الالتصاق ، بل انحرف عنها كثيرا (٢) . فقد ميز بين حالتين : حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة فاعتبر المشتري في هذه الحالة حازرا حسن النية ، وحالة ما إذا بنى أو غرس بعد إعلانه بهذه الرغبة فاعتبر في هذه الحالة حائزا سيء النية . ولم تطبق الأحكام العامة في الالتصاق في كلتا الحالتين ، بل عومل المشتري في كل منهما معاملة أفضل مما تقتضي به هذه الأحكام . والسبب في ذلك أن المشتري عندما يبني أو يغرس في العقار المشفوع فيه ، سواء كان ذلك قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو بعد إعلانها ، إنما يبني أو يغرس في عقار اشتراه فعنده من الأسباب ما يبرر أن يتصرف في هذا العقار تصرف المالك ، فيبني فيه أو يغرس ، وقد يتصرف فيه بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات

(١) أنظر آتقاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) وقد قيل ، في غير انتباه ، عكس ذلك وأن المادة ٩٤٦ مدني تردد المبادئ العامة المقررة في الالتصاق ، في لجنة الأستاذ كامل صدق . إذ قال أحد الأعضاء ، عندما عرض النص على اللجنة ، «إن هذا النص ، وإن كان يردد المبادئ العامة المقررة في باب الالتصاق ، إلا أنه يحسن الإبقاء عليه في باب الشفعة ، إذ أن حذفه قد يدع مجالاً لتطبيقات تجافي هذه المبادئ» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٧ في الهامش) .

كما سنرى . وهو ، حتى بعد إعلانه بطلب الشفعة ومعارضته لهذا الطلب ، قد يكون على حق في هذه المعارضة ، أو في القليل قد يعتقد أنه على حق فيها ، فلم يشأ أن يشل نشاطه ، وأقبل يبني أو يغرس في العقار المشفوع فيه (١) .

وفي الحالة الأولى ، عندما يبني المشتري أو يغرس قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، تقضى الفقرة الأولى من المادة ٩٤٦ مدني كما رأينا بأن المشتري يكون بالخيار بين أن يطالب الشفيع بما أنفق في البناء أو الغراس (٢) أو بمقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس ، أي القيمتين أكبر . فهنا قد عومل المشتري في الشفعة معاملة أفضل من الحائز حسن النية في الأحكام العامة للالتصاق ، فإن هذا يتقاضى ما أنفق في البناء أو الغراس أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس أي القيمتين أقل . يضاف إلى ذلك أنه في الأحكام العامة في الالتصاق « إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الحسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها : كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » (م ٩٢٥ / ٢ مدني) . فيستطيع إذن صاحب الأرض ، في الأحكام العامة في الالتصاق ، أن يتفادى تعويض الحائز عن البناء أو الغراس ، بأن يطلب تملكه الأرض في نظير تعويض عادل . أما في الشفعة ، فلا يستطيع الشفيع أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس بأن يطلب تملكه العقار في نظير تعويض عادل ، إذ لم يرد في الشفعة نص في هذا المعنى كما ورد هذا النص في الأحكام العامة في الالتصاق . والسبب في ذلك واضح ، فإن الشفيع إذا أراد أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس ، فإن الأولى به ألا يطلب أخذ العقار بالشفعة ، بدلا من أن يأخذه ثم يعيده إلى المشتري في نظير تعويض عادل . بقي أنه في الأحكام العامة في الالتصاق ، يجوز للحائز أن يطلب نزع المنشآت التي استحدثها على أن يعيد الأرض إلى أصلها (م ٩٢٥ / ١ مدني) . وهذا أيضا جائز في الشفعة ، فيصح

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١٣ .

(٢) وقد قضى بأن أتعاب المفاوض الذي كلفه المشتري قبل إعلانه بطلب الشفعة تحضير رسوم وبيانات عن مصروفات البناء المراد إقامته على الأرض المشفوع فيها تدخل ضمن المبالغ التي يلزم الشفيع بدفعها ، ولكن تصير هذه الرسوم وبيانات ملكاً لشفيع (استئناف غلطة ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٩) . وأنظر محمد كامل مرسي ٣ فترة ٥٢٠ ص ٥٠٨ .

للمشتري ، بدلا من أن يتقاضى من الشفيع التعويض المنصوص عليه في المادة ٩٤٦ مدني ، أن يطلب نزع البناء أو الغراس من العقار المشفوع فيه على أن يعيد العقار إلى أصله (١) .

وفي الحالة الثانية . عندما يبني المشتري أو يغرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة . تقضي الفقرة الثانية من المادة ٩٤٦ مدني كما رأينا أنه يصح للشفيع أن يطلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشتري وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتض . وإلى هنا يتساوى المشتري في الشفعة مع الحائز سىء النية في الأحكام العامة في الالتصاق . فانه طبقا لهذه الأحكام يجوز لصاحب الأرض « أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه » (م ٩٢٤ / ١ مدني) (٢) . ولكن يجوز لكل من الشفيع في أحكام الشفعة ولصاحب الأرض في الأحكام العامة في الالتصاق أن يطلب استبقاء البناء أو الغراس . وفي هذا الفرض يعامل المشتري في الشفعة معاملة افضل من معاملة الحائز سىء النية في الأحكام العامة في الالتصاق . فالمشتري في الشفعة ، طبقا لأحكام المادة ٩٤٦ / ٢ مدني ، يتقاضى من الشفيع ما أنفقته في البناء أو الغراس ، أما الحائز سىء النية في الأحكام العامة في الالتصاق فلا يتقاضى ، طبقا لأحكام المادة ٩٢٤ / ١ مدني ، إلا أقل القيمتين ، قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس (٣) .

٢٤٤ - من الشفيع في تسليم العقار المشفوع فيه منه المشتري -

نعم الزهرلك ولما كان المشتري قد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع ، فانه بعد الأخذ بالشفعة يلتزم بتسليمه للشفيع . وكل ما ذكرناه من أحكام في تسليم البائع العقار المشفوع فيه للشفيع يسرى هنا في تسليم المشتري هذا العقار للشفيع . فالمشتري يلتزم بتسليم العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذي

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١٣ .

(٢) وقد حدد النص لصاحب الأرض ، ليتقدم بهذا الطلب . ميعاد ستة من اليوم الذي يعم فيه بادئة المنشآت (م ٩٢٤ / ١ مدني) ، ولم تحدد المادة ٩٤٦ مدني ميعاداً للشفيع لتقديم بنفس الطلب .

(٣) أنظر في كل ما تقدم آنفاً فقرة ١١٣ .

هين له في العقد، وبالملاحقات التي تتبعه . ويكون التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة العقار . ويتم التسليم فوراً بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، فإذا تأخر المشتري عن التسليم : كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر (١) .

يبنى أن نحدد على من تقع تبعة هلاك العقار المنشوخ فيه ، إذا هلك هذا العقار بسبب أجنبي قبل أن يسلمه المشتري للشفيع (٢) . لا شك في أن هذه التبعة لا تقع على البائع ، فهو قد سلم العقار إلى المشتري فارتفعت عنه بهذا التسليم تبعة الهلاك . ويبقى تحمل التبعة محصوراً بين المشتري والشفيع ، وكثير من الفقهاء يذهبون إلى أن تبعة هلاك العقار قبل أن يسلمه المشتري للشفيع تقع على المشتري (٣) . وحجتهم في ذلك أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لأنه ملتزم بالتسليم ، وقد أصبح المشتري هو الملتزم بالتسليم فتقع عليه هو تبعة الهلاك .

ولكن يلاحظ على هذا الرأي أن تبعة الهلاك إنما تقع على الملتزم بالتسليم إذا كان الالتزام بالتسليم متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية ، فيكون الالتزام بالتسليم ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية إذ لا تخلص الملكية فعلاً إلا بالتسليم (٤) . أما هنا فالمشتري ليس ملتزماً بنقل الملكية للشفيع ، بل الملتزم بنقلها هو البائع كما قدمنا ، والبائع قد ارتفعت عنه التبعة بتسليم العقار إلى المشتري كما سبق القول . فعلى أي أساس إذن يبنى تحمل المشتري لتبعة الهلاك قبل التسليم ؟ في رأينا أن المشتري لا يتحمل تبعة الهلاك لأنه ملتزم بالتسليم ، إذ التزامه بالتسليم هو التزام مستقل وليس متفرعاً عن التزام بنقل

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٥ .

(٢) أما بعد تسليمه للشفيع ، ففنى عن البيان أن تبعة الهلاك ، كلياً كان الهلاك أجزئياً ، تكون على الشفيع . كذلك تكون تبعة الهلاك الكلي أو الجزئي على الشفيع حتى لو لم يتسلم العقار من المشتري ، إذا كان المشتري قد أعذره قبل الهلاك بأن يتسلم العقار .

(٣) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٥٠٠ - إسماعيل غانم ص ٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة

نرة ٢٣٠ ص ٥٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٣ ص ٣٦٢ .

(٤) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ .

الملكية . والأصل أن الذي يتحمل تبعة الهلاك في هذه الحالة هو المالك (١) ،
والمالك هنا هو الشفيع متى سجل سند شفيعته (الحكم بالشفعة أو لإقرار المشتري
بها) ، فكان ينبغي أن يكون الشفيع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك . ولكن
المشتري : قبل تسليمه العقار للشفيع ، يعتبر حائزاً له كما قدمنا ، حائزاً حسن
النية قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة ، وحائزاً سىء النية بعد هذا الإعلان .
وقد بين القانون في نصوص صريحة على من تقع تبعة هلاك الشيء : إذا هلك
وهو في يد الحائز . فنصت المادة ٩٨٣ مدني على أنه ١ - إذا كان الحائز
حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه : فلا يكون مسئولاً قبل من
هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانقضاء . ٢ - ولا يكون
الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من
فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف . وعلى ذلك تكون تبعة الهلاك على
الشفيع ، إذا هلك العقار بسبب أجنبي وهو في يد المشتري قبل إعلانه بالرغبة
في الشفعة ، أى طالما كان المشتري معتبراً حائزاً حسن النية (٢) . وتنص المادة
٩٨٤ مدني على أنه « إذا كان الحائز سىء النية . فانه يكون مسئولاً عن هلاك
الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ » : إلا إذا ثبت أن الشيء
كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه . وعلى ذلك تكون تبعة
الهلاك على المشتري إذا هلك العقار وهو في يده بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة ،
أى عندما يعتبر حائزاً سىء النية . وسنعود إلى بحث المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدني
عند الكلام في الحيازة وفي علاقة الحائز بالمالك (٣) . ونقتصر هنا على القول
بأن هاتين المادتين هما المنطقتان : في رأينا . في حالة هلاك العقار المشفوع
فيه بسبب أجنبي وهو لا يزال في يد المشتري قبل أن يسلمه للشفيع (٤) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ من ٢٠٠٨ .

(٢) ويلاحظ ، من الناحية العملية . أنه إذا هلك العقار وهو في يد المشتري قبل إعلانه
بالرغبة في الشفعة ، وعلم الشفيع بهذا هلاكه . فإنه لا يقدّم على طلب الشفعة في عقد قد هلك
ويتحمل هو تبعة هلاكه . لذلك لن يطلب الشفيع الشفعة في هذه الحالة . ويبقى البيع قائماً بين
البائع والمشتري ، ويتحمل المشتري تبعة هلاك العقار بعد أن تسلمه من البائع .

(٣) أنظر مايل فقرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٢ .

(٤) وما كان المشتري قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة يتحمل تبعة هلاكه من الناحية العملية .

وإذا كان الهلاك جزئياً أو نقصاً في قيمة العقار بسبب تلف أصابه . وكان ذلك قبل إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة . فإن التبعة تكون على الشفيع كما هو الأمر في الهلاك الكلي . أما إذا وقع الهلاك الجزئي أو النقص في قيمة العقار بعد إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة . فإن التبعة تكون على المشتري كما هو الأمر أيضاً في الهلاك الكلي : ويجوز للشفيع « إما أن يطلب مسح البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع . وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن » (م ٤٣٨ مدني) (١) .

٢٤٥ - من الشفيع في استرداد ثمار العقار المشفوع فيه من المشتري :

قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني تنص على ما يأتي : « وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع . وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » . وذكرنا أن استحقاق المشتري ، وقد حل محله الشفيع ، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع . بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح ما لكا للمبيع وباعتباره ما لكا يملك ثمر ملكه ونماءه . ويكون عليه تكاليفه . وقد رتبنا على ذلك أن الشفيع . بعد أن حل محل المشتري . لا يملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار . وذلك سواء

= كما قدمنا ، ويتحمل هذه التبعة أيضاً بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة كما بينا ، فهو إذن الذي يتحمل التبعة في جميع الأحوال . على أنه يحسن تأسيس تحمله للتبعة على المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدني ، لا على أنه ملتزم بالتسليم . وقد تظهر فائدة عمية من التأسيس على المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدني في فرضين : (أ) إذا كان الهلاك قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، وطلب الشفيع الشفعة دون أن يعلم بالهلاك ، فيتحمل هو التبعة دون المشتري . وإن كان هذا فرضاً بعيد الحصول . (ب) إذا كان الهلاك بعد إعلان الرغبة في شفعة وثبت أن العقار كان يملك ولورثته الشفيع ، فإن الشفيع في هذا الفرض هو الذي يتحمل التبعة دون المشتري

(١) أنظر في تفصيل ذلك ما قدمته في تحمل البيع لتبعة الهلاك الخرق آتفاً ص ٤٤٠ - ص ٧٤٥ - وإذا تحمل الشفيع تبعة الهلاك الكلي وأحرق بعد أخذه بالشفعة في حقه ما يثبت أن العقار كان يملك ولورثته الشفيع . فإنه لا بيع . بعد أن يثبت حقه في الشفعة أن يتخلص من هذه التبعة بتسليمه غرض الشفعة . وقد قدّمنا أنه لا يجوز للشفيع ، بعد انقضاء مدة الشفعة . أن ينزل عنها بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم قد حوّل محققاً للمشتري أو البائع وهو قبض نش (أنظر آتفاً فقرة ٢٣٩)

كان العقار لا يزال في يد البائع وهو الذي يستلحق على ثماره . أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذي يقبض هذه الثمار (١) . ومنى ثبت للشفيع الحق في ثمرات العقار المشفوع فيه من وقت تملكه لهذا العقار . فعليه من هذا الوقت أيضا تكاليفه ، كالضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانه ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك ، لأن العقار لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف ، والغرم بالغنم (٢) .

ويبقى الآن تحديد متى يعتبر الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه ، حتى يكون من وقت تملكه لهذا العقار مستحقا لثماره فيستردها من المشتري ، وملتزما بأن يرد إليه نفقات الحفظ والصيانة وسائر التكاليف . وهنا تظهر الأهمية العملية لقضاء محكمة النقض الذي استقر على أن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع ، وأن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا من وقت تسجيل هذا الحكم (٣) . فقد رأينا أن محكمة النقض ذهبت في كثير من أحكامها ، في عهد قانون الشفعة السابق ، إلى أن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع ، في غير حالة التراضي ، إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة ، وبألا سند في القانون لدعوى الشفيع ببيع العين عن المدة السابقة للحكم ، ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر رفضه (٤) . فعند محكمة النقض أن ثمار العقار المشفوع فيه تكون من حق المشتري وحده عن المدة السابقة بتاريخ الحكم النهائي القاضي بالشفعة ، ولا محل لتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستثنائي بعد أن كان قد رفضها الحكم الابتدائي وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم الاستثنائي ، إذ العبرة في الحالتين بالحكم النهائي سواء كان ملغيا أو مؤيدا للحكم الابتدائي (٥) .

(١) أنظر من ٥٧٧ - من ٧٥٨ .

(٢) التوسيف : فقرة ٣٩٣ من ٧٧٥ - من ٧٧٦ سوتد كن الشروع انتهى للمدة ٩٤٦ مدل يتضمن فقرة ثلاثة تجرى على الوجه الآتي : « أما ما صرف في حفظ العقار وصيانه . فيلزم دفعه في كل الأحوال لمشتري المشفوع منه » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة مراجعة لأنها تطبق لتواءم الدمة (أنظر آتد من ٧٥٩ ممش ١) .

(٣) أنظر آتد فقرة ٧٣٢ و فقرة ٢٣٨ من ٧٥٧ - من ٧٥٨ .

(٤) نقض مدل ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة غير ٥ رقم ١٠٣ من ٢٢٠ .

(٥) نقض مدل ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكامه الفصل ٢ رقم ٦٦ من ٣٥١ -

٢ أبريل سنة ١٩٥٩ بمجموعة أحكامه الفصل ١٠ رقم ٤٤ من ٢٩٠ .

قد قادت أن محكمة النقض لم تعدل عن هذا المبدأ ، حتى بعد أن صدر التفسير
المدني الجديد وأوجب على الدافع الثمن خزائنة المحكمة قبل رفع دعوى
الشفعة (١) .

هذا هو ما استقرت عليه محكمة النقض في قضائها ، فهي تذهب إلى أن
حق الشفع لا يستقر وإلى أن الشفع لا يحل محل المشتري إلا عند صدور الحكم
النهائي بالشفعة . فمن ذلك الوقت فقط يستحق الشفع (بعد تسجيل حكم
الشفعة) ثمار العقار المشفوع فيه ويرجع بها على المشتري ، ومن ذلك الوقت
أيضا يلتزم الشفع بأن يرد إلى المشتري مصروفات الحفظ والصيانة ونفقات
الاستغلال وتحصيل الثمرة ونحو ذلك .

وقد سبق أن استعرضنا الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في قضائها
هذا ، وانتهينا من هذا الاستعراض إلى القول بأن حكم الشفعة ، على عكس
ما تذهب إليه محكمة النقض ، كاشف لا منشيء ، وإلى أن حلول الشفع محل
المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة (٢) . وقد مدنا أن
الشفيع مع ذلك لا تنقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه إلا إذا سجل الحكم
النهائي بالشفعة أو إقرار المشتري بها ، وذلك سواء حل الشفع محل المشتري

(١) فقصت بأن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ مدني من إلزام الشفع بإيداع
الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لم يقصد به تغيير الوضع ،
وهو لا يتم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأي القائلين بارتداه ملكية الشفع إلى وقت إتمام
إجراءات المطالبة بالشفعة ، وإنما كان ذلك تمشياً مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة ، وضماناً
لجدية طلبها . وطالما أن حق الشفع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له بالشفعة ،
فلا محل للقول باستحقاقه للريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن . أما النص في المادة ٩٤٥ من القانون
المدني الجديد على حلول الشفع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، فهو
نص لم يستحدث حكماً جديداً ، بل هو بمثابة نص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم . وهو
لا يفيد اعتبار الشفع الذي حكم له بصفه حالاً محل المشتري في الرجوع منذ قيام الطلب ،
إذا اعتبره كذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحوله محل
المشتري . الأمر الذي يتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منشيء . لامتقرر حق الشفع ،
فلا يتمتع معه بمحل يحوله محل المشتري قبل الحكم نهائياً بالشفعة (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٩
مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٢٦٩ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧
مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٧٩٨ - وانظر آنفاً ص ٧١٧ - ص ٧١٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٣١ .

من وقت البيع على الرأى الذى نقول به ، أو من وقت صدور الحكم النهائى بالشفعة أو إقرار المشتري بها على الرأى الذى نقول به محكمة النقض ، أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون . فالملكية فى جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بها ، وهذا هو الذى تفرضه أحكام التسجيل . وتنتقل الملكية من وقت هذا التسجيل بالنسبة إلى الغير ، وهذا بإجماع الآراء أما فيما بين الشفع والمشتري ، والمشتري ليس من الغير بالنسبة إلى الشفع على الرأى الذى نقول به ، فالملكية لا تنتقل أيضا إلا بالتسجيل ، ولكن إذا تم التسجيل فإنها تنتقل فى رأينا من وقت البيع ، وذلك على خلاف ما ذهب إليه محكمة النقض من أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت التسجيل حتى بالنسبة إلى المشتري (١) .

فى الرأى الذى نقول به تنتقل الملكية إذن ، فيما بين الشفع والمشتري ، بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بها ، ولكن من وقت البيع لا من وقت التسجيل . فهل يملك الشفع الثمار وهى فى يد المشتري من وقت تمام البيع ، كما كان يملكها لو كانت فى يد البائع كما سبق القول (٢) ، يختلف موقف الشفع من المشتري عن موقفه من البائع . ذلك بأن المشتري ، بعد أن ثبت للشفع الحق فى الشفعة ، يعتبر حائزا للعقد منذ أن يتسلمه . وهو حائز حسن النية قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، وحائز سىء النية بعد هذا الإعلان ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويعتبر الشفع ، بالنسبة إلى المشتري ، مالكا للعقد من وقت البيع كما تقدم القول . فموقف الشفع من المشتري ، بالنسبة إلى الثمار ، هو إذن موقف المالك من الحائز . وتنص المادة ١/٩٧٨ مدنى على أن « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية » . وتنص المادة ٩٧٩ مدنى على أن « يكون الحائز سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقته فى إنتاج هذه الثمار » . وعلى ذلك يملك المشتري الثمار . فلا يلتزم بردها إلى الشفع ، إلى وقت إعلان الرغبة فى الشفعة ، إذ يكون عند

(١) أنظر آتياً ص ٢٣٠ .

(٢) أنظر آتياً ص ٧٥٦ - ص ٧٥٨ .

ذلك حائزا حسن النية ، وهو الذى يتحمل التكاليف إلى ذلك الوقت (١) . ومن وقت إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة . يصبح المشتري حائزا سىء النية ، فلا يملك الثمار . وتكون الثمار من ذلك الوقت للمالك أى للشفيع ، ويستطيع هذا أن يستردها من المشتري ، وعليه ، من ذلك الوقت أيضا ، أن يرد للمشتري التكاليف التى سبق بيانها من مصروفات حفظ وصيانة وغيرها من المصروفات وما أنفقته المشتري في إنتاج هذه الثمار (٢) .

والحل الذى نقول به هو الحل الذى تمليه النصوص والمبادئ العامة ، وينهض به فوق ذلك اعتباران . الاعتبار الأول هو أنه الحل المنطقي . فالمشتري قبل إعلان طلب الشفعة من حقه أن يتصرف تصرف المالك في العقار الذى اشتراه ، وله بوجه خاص أن يقبض ثماره ولا يكون مسئولاً عن ردها لأحد . فإذا ما أعلن بطلب الشفعة تغير موقفه ، ووجب عليه أن يستعد لهذا الطلب ، وأن يواجه احتمال نجاح الشفيع في أن يأخذ العقار بالشفعة فيطالبه بالثمار من وقت إعلان طلبه ، فيكون عندئذ مستعداً لرد هذه الثمار . والاعتبار الثانى هو هذا الحل هو الحل العادل . فقد أصبح الشفيع ، بموجب التقنين الجديد ، ملزماً بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (٣) ، أى بعد إعلان طلبه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفيع غير ملزم بأن يؤدي للشفيع منه مبالغته من الأموال عن الأطنان المشفوع فيها ، ولأن ما أنفق عليه من مصاريف استغلالها مدة حياته هو لها وانتفاعها بها (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٧١) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتي : «الشفيع يحل محل المشتري في الصفقة ، فيملك من وقت البيع الأول . ويعتبر المشتري كأنه لم يملك أصلاً ، إلا أنه إذا استول على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة فهو يملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت ، وما دام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الثمن . ومنذ تعلن الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار ، وتكون للشفيع إذ هو المالك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٠) .

(٣) وهذا ما حمل بعض الفقهاء على القول بأن الثمار تكون للشفيع من وقت إيداع الثمن ، حتى لا يحرم الشفيع من الانتفاع بالثمن ومن ثمار العقار (إسماعيل غانم ص ٩٦ - ص ٩٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٣١ ص ٥٠٥ - ص ٥٠٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٤ ص ٣٦٣) . أما سائر الفقهاء الذين يقولون بأن حلول الشفيع محل المشتري يتم وقت صدور الحكم بالشفعة ، فيذهبون إلى أن تكون الثمار للشفيع من وقت صدور هذا الحكم (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٠٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٦ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٧٠ ص ٤٨١) .

المشتري بطلب الشفعة بأيام قليلة . فمن العدل ، وقد أودع الثمن خزانة المحكمة وحرّم نفسه من استغلاله بسبب عدم تسليم المشتري له بالشفعة عن غير حق ، أن يستعيص عن فوائد هذا الثمن باسترداد الثمار من المشتري من وقت أن أصبح هذا حائزاً لشيء النية . أى من وقت إعلانه بطلب الشفعة .

٣٥ - عمدة الشفع بالغير

٢٤٦ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٧ مدني على ما يأتي :

« لا يسرى في حق الشفع أى رهن رسمي أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عيني رتبه أو ترتب ضده ، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » (١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٢ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٨ . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٣٨ - ص ٤٤١) .

(٢) قنود الشفعة السابق م ١٢ : كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائره وكل بيع وكل حق على قبض المشتري أو اكتسبه الغير ضده . بعد التاريخ الذي سجل فيه طلب الشفعة طبقاً لمادة الرابعة عشرة الآتية ، لا يسرى على شفع . ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون المنتدرة والمداينين المرتبطين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل لمشروع منه من ثمن ذلك العقار . (وأحكام التقنين المدني الجديد تنفق مع أحكام قانون الشفعة السابق) .

(٣) تقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل

تقنين المدني الليبي م ١٠٥١ (مطابق) .

تقنين المدني العراقي م ١١٠٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ويواجه النص حالة ما إذا ترتب حقوق عينية على العقار المشفوع به من جانب المشتري ومنى نسرى في حق الشفع . وهنا يجب التمييز بين الحقوق العينية التي ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة وتلك التي ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان . وقبل ذلك نبحت حالة الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع ومنى نسرى في حق الشفع . وهنا أيضا تميز بين الحقوق التي ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة وتلك التي ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان .

وعلى ذلك نبحت المسائل الآتية : (١) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٢) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٣) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٤) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة

٢٤٧ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب

البائع قبل تسجيل إعلانه الرغبة في الشفعة : والحقوق العينية التي يمكن أن يربها البائع على العقار المشفوع فيه حقوق متنوعة بنوع التصرفات التي يجريها البائع في هذا العقار . وأبلغ هذه التصرفات هو أن يتصرف البائع في ملكية العقار نفسها . فيبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه مثلا . وقد تكون التصرفات دون ذلك . بأن يرتب البائع على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق . وقد يرتب على العقار من جانب البائع حق عيني تبعي . كأن يرهنه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائني البائع أو يرتب عليه حق امتياز يكفل دينا في ذمة البائع . كل هذه حقوق عينية ترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع

فإذا ترتب حق منها وأنه يسرى في حق الشفع إذا أخذ العقار بالشفعة ، بشرط أن صاحب هذا الحق يشهر حقه قبل أن يسجل الشفع إعلان الرغبة في الأحد بالشفعة إلى البائع ، وقبل أن سجل المشتري عقد شرائه (أو صحيفة

دعواه بصحة التعاقد) ذلك بأن صاحب الحق العيني الذي ترتب على العقار لا يستطيع أن يكشف . عن طريق البحث في سجلات الشهر العقاري . عن البيع الذي صدر من البائع للمشتري إذ أن المشتري لم يسجل عقد شرائه (أو لم يسجل صحيفة دعواه بصحة التعاقد) . ولا عن طلب الشفعة إذ أن الشفيع لم يسجل إعلان هذا الطلب للبائع . فإذا شعر صاحب هذا الحق حقه . بالتسجيل أو بالقييد غصب الأحوال . قبل أن يسجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه . فإن حقه يكون نافذا على كل من الشفيع والمشتري طبقاً للقواعد المقررة في التسجيل .

فإذا باع البائع مثلاً . بعد البيع الأول . العقار ثانية وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول عقد شرائه وقبل أن يسجل الشفيع إعلان طلب الشفعة . فإن البيع الثاني يكون نافذاً في حق الشفيع . فلا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني . في مواعيد تباع الثاني وبالثمن الذي ورد فيه وبالشروط التي تم بها . وإذا قابض البائع على العقار المبيع أو وهبه وسجلت المقايضة أو الهبة قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفيع . فإن المقايضة أو الهبة تسري في حق الشفيع . فلا يستطيع هذا أن يأخذ بالشفعة في البيع الذي انتقض بالمقايضة أو الهبة . ولا في المقايضة أو الهبة لأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في أي منهما . وإذا رتب البائع مثلاً حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار بعد بيعه . وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفيع . فإن الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملاً بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق . وفي هذه الحالة يرجع بضمان الاستحقاق على البائع . وإذا رتب البائع على العقار بعد بيعه رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً في ذمته . وقيد الدائن حقه قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفيع . فإن هذا الحق يسري على الشفيع . ويأخذ العقار بالشفعة مثقلاً به . ويرجع بضمان الاستحقاق على البائع .

٢٤٨ - الحقوق العينية التي ترتب على العقار المنفوع به من جانب

البائع عند إبرام الرهن في الشفعة أما إذا ترتب حق عيني على العقار

المشفوع فيه من جانب البائع على الوجه المتقدم ذكره . ولكن صاحب هذا الحق لم يشهره إلا بعد أن سجل الشفع إعلان البائع بطلب الشفعة . أو بعد أن سجل المشتري عقد شرائه . فإن هذا الحق لا يكون نافذا في حق الشفع . فإذا باع البائع : بعد البيع الأول . العقار ثانية أو قابض عليه أو وهبه . ولم يجر تسجيل هذا التصرف قبل تسجيل الشفع إعلان البائع بطلب الشفعة ، فإن التصرف لا ينفذ في حق الشفع . والذي يسرى في حقه هو البيع الأول وحده ، فيأخذ فيه بالشفعة ويمضي في إجراءاتها إلى النهاية . ويرجع المشتري الثاني أو المقابض أو الموهوب له على البائع بالضمان . طبقا لأحكام القانون . وحتى لو سجل التصرف قبل تسجيل إعلان البائع بطلب الشفعة . ولكنه سجل بعد تسجيل المشتري الأول ، فإن التصرف لا ينفذ في حق هذا المشتري طبقا للقواعد المقررة في التسجيل . وما دام لا ينفذ في حق المشتري الأول ، فإنه لا ينفذ أيضا في حق الشفع الذي حل محل المشتري الأول . ولا يسرى أيضا في هذه الحالة في حق الشفع إلا البيع الأول ، فيأخذ فيه بالشفعة .

وإذا رتب البائع ، بعد البيع ، حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، ولم يسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر له قبل تسجيل الشفع إعلان البائع بطلب الشفعة ، فإن هذا الحق لا يسرى على الشفع ، ويأخذ العقار بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو من حق الارتفاق ، ويرجع صاحب هذا الحق بالضمان على البائع . وكذلك الحكم فيما لو سجل المشتري عقد شرائه قبل تسجيل التصرف الصادر لصاحب حق الانتفاع أو لصاحب حق الارتفاق ، فلا يسرى هذا الحق على المشتري ، ومن ثم لا يسرى على الشفع .

وإذا رتب البائع على العقار ، بعد بيعه ، رهنا رسميا أو رهنا حيازيا . أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً أو ذمته . ولم يقيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفع إعلان البائع بطلب الشفعة ، أو قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه . فإن هذا الحق لا يسرى على الشفع . ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا من هذا الحق . وفي هذه الحالة تختلط الدائن بحق الأولوية على ما عسى أن يكون قد آل للبائع من ثمن العقار . ونقيس

ذلك على حالة ما إذا كان التصرف قد صدر من المشتري طبقاً لأحكام المادة ٩٤٧ مدني على ما سنرى (١) ، فضلاً عن أنه يوجد نص صريح في هذا المعنى في خصوص حق الرهن الرسمي (٢) . وفي خصوص حق الاختصاص (٣) ، وفي خصوص حقوق الامتياز (٤) .

٢٤٩ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب

المشتري قبل تسجيل إعماله الرغبة في الشفعة : والمفروض هنا أن الحقوق العينية قد ترتبت على العقار المشفوع فيه على الوجه الذي سبق بسطه (٥) ، من جانب المشتري ، لا من جانب البائع كما كان الأمر فيما تقدم . فإذا ترتبت هذه الحقوق العينية قبل تسجيل إعلان المشتري بطلب الشفعة . فإنها تسري في حق الشفيع كما تنفاد بطريق الدليل العكسي من المادة ٩٤٧ مدني سالفة الذكر (٦) .

ويتخذ أنصار الرأي القائل بأن حكم الشفعة منشيء حق الشفيع وبأن المشتري يبقى مالكاً للعقار المشفوع فيه حتى صدور هذا الحكم من هذه القاعدة دليلاً على صحة ما يذهبون إليه . فعندهم أنه ما دامت تصرفات المشتري في الفرض المتقدم تسري في حق الشفيع . فليس ذلك إلا لأن المشتري يعتبر مالكا للعقار وقد تصرف فيه فسري تصرفه في حق الشفيع (٧) . وهذا الدليل لا يستقيم ، إذ لو تمسكنا به لنتج عنه أن المشتري وقد بقي مالكاً للعقار المشفوع

-
- (١) أنظر مايل فقرة ٢٥٠ - وقارن محمد علي غرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص ١٩٩ .
 (٢) أنظر م ١٠٥٦ مدني : « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار » .
 (٣) أنظر م ١٠٩٥ مدني : « . . . ويسري على الاختصاص ما يسري على الرهن من أحكام » .
 (٤) أنظر م ١١٣٤ مدني : « تسري على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق » .
 (٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٧ .
 (٦) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٩ .
 (٧) شفيق شحاته فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦ - عبد المنعم اندراوى فقرة ٤٧٠ ص ٤٨٠ - ص ٤٨١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٩ ص ٥٠٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٢ ص ٣٥٩ .

فيه إلى وقت صدور حكم الشفعة وفقا لما يقول به أنصار هذا الرأي ، كان ينبغي أن تسرى تصرفاته في حق الشفع ، ليسر فحسب التصرفات الصادرة قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة ، بل أيضا التصرفات الصادرة بعد تسجيل هذا الإعلان إذا تمت قبل صدور حكم الشفعة . وهذا ما يخالف صريح نص المادة ٩٤٧ مدني . هذا إلى أنه يمكن في كثير من اليسر تيرير نفاذ تصرفات المشتري في حق الشفع إذا صدرت قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة للمشتري بغير التجاء إلى فكرة أن المشتري يبقى مالكا للعقار المشفوع فيه ، فقد قدمنا أن المشتري ، بعد أن يأخذ الشفع بالشفعة . يعتبر منذ إبرام البيع حائزا للعقار المشفوع فيه ويكون بمثابة المالك الظاهر للعقار . وكل من يتعامل معه قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة يكون حسن النية إذا حسب ما لكا . ذلك بأن هذا الغير الذي يتعامل معه لا يستطيع أن يكشف من سجلات الشهر العقاري ، قبل تسجيل هذا الإعلان ، عن أنه مطلوب منه الأخذ بالشفعة ، فيكون الغير حسن النية إذا تعامل معه على أساس أنه هو المالك وأن ملكيته غير مهددة.. ومن ثم يكون المشتري ، إلى حين تسجيل الإعلان ، في مركز المالك الظاهر الذي يتعامل مع الغير حسن النية ، فينفذ تعامله في حق المالك الحقيقي وهو هنا الشفع . ويرجع الشفع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب . شأن كل مالك حقيقي عند ما يرجع على المالك الظاهر الذي تسرى تصرفاته في حقه . فاذا ما سجل إعلان الشفع للمشتري بطلب الشفعة ، فإن من يتعامل مع المشتري بعد هذا التسجيل لا يعتبر حسن النية . إذ كان يمكنه أن يعرف من تسجيل الإعلان أنه يتعامل مع مشتري مطلوب منه الأخذ بالشفعة فلكيته مهددة بالزوال ، وعلى ذلك لا ينفذ تعامله مع هذا المشتري في حق المالك الحقيقي أي في حق الشفع .

ونرى من ذلك أن الحقوق العينية التي ترتب من جانب المشتري ، قبل تسجيل إعلان الشفع للمشتري بطلب الشفعة ، تسرى في حق الشفع . فاذا باع المشتري العقار المشفوع فيه وسجل المشتري من المشتري عقد شرائه قبل تسجيل الإعلان ، فإن البيع الثاني ينفذ في حق الشفع وينسخ البيع الأول ، لا يأخذ الشفع بالشفعة إلا في البيع الثاني بثمنه وفي مواعيد وطبقا لشروطه .

وقد قدمنا أن هذا صحيح أيضا ، طبقا للمادة ٩٣٨ مدني ، حتى لو لم يسجل المشتري من المشتري عقد شرائه ، ما دام قد صدر له البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة (١) . وكذلك إذا قايس المشتري ، بعد الشراء ، على العقار أو وهبه ، وسجلت المقايضة أو الهبة قبل تسجيل الرغبة ، فإنها تسرى في حق الشفيع ، فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن الشفعة لا تجوز لا في المقايضة ولا في الهبة (٢) . وإذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر إليه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة . فإن الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملا بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق . وفي هذه الحالة يرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب ، أو بالتعويض إذا صدر التصرف من المشتري بعد إعلانه برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة وقبل تسجيل هذا الإعلان .

وإذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً في ذمته ، وقيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، فإن هذا الحق يسرى على الشفيع ، ويأخذ العقار بالشفعة مثقلا به . ويرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب أو بالتعويض .

٢٥٠ - الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه من جانب

المشتري بعد تسجيل إعلانه الرغبة في الشفعة : وهذا هو الفرض الذي تواجهه مباشرة المادة ٩٤٧ مدني سالفه الذكر (٣) . فهي تقرر أن الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري ، بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لا تسرى في حق الشفيع . وقد قدمنا أن السبب في ذلك أن المشتري ، ولو أنه يعتبر مالكا ظاهرا . إلا أنه يتعامل في العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا

(١) أنظر آتدأ ص ٥٢٣ - ص ٥٢٤ .

(٢) ولكن يجوز لشفيع أن يظن في هذه التصرفات بالمعوية ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق . فإذا ثبت المعوية لم تسر التصرفات في حقه (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٠ ص ٩٨) .

(٣) أنظر آتدأ فقرة ٢٤٦ .

يعتبر من يتعامل معه حسن النية إذ كان يمكنه أن يكشف من سجلات الشهر العقاري عن حقيقة مركز المشتري .

وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر في حق الشفع البيع الثاني الصادر إلى المشتري من المشتري . ويأخذ الشفع بالشفعة في البيع الأول ، بشئ وفي مواعيده وطبقا لشروطه . والمفروض أنه سجل طلب الشفعة في هذا البيع ، فيمضى في إجراءات الشفعة إلى غايتها (١) وذلك لا يمنعه . إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن ينزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ، ويطلبها في البيع الثاني بشئ وفي مواعيده وطبقا لشروطه (٢) . وكذلك الحكم فيما إذا قابض المشتري على العقار المشفوع فيه أو وهبه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا تسرى المقايضة أو الهبة في حق الشفع ، ويستمر في الأخذ بالشفعة في البيع الأول .

وإذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، وذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر هذا الحق على الشفع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو حق الارتفاق .

وإذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً في ذمته ، وكان ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر هذا الحق على الشفع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا منه (٣) . وفي هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق

(١) أنظر آنفاً ص ٥١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة في العقار المبيع على شرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيع ، تكلمها وتحد منها أحكام الشفعة . ولما كان من المقرر أن الشفع لا يحتاج بأي حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنذار الشفعة ، وكان إنذار الشفعة قد سجل في هذه الحالة قبل الإنذار المعلن للشفع الذي يثبت به تاريخ الاتفاق الحاصل بين المشتري والغير ، وهو الإنذار الذي يعتبر إعمالاً لحق اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفع بما يترتب من حقوق على هذا الاختيار . ويكون الحكم الذي يقضى بعدم جواز الإحتجاج على الشفع بما يترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا في الشراء وبالتالي عدم سقوط حقه في الشفعة لإدخالهم في الدعوى بعد الميعاد المقرر في القانون ، حكماً قائماً على أساس قانوني صحيح (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٤٥ ص ٨٤) .

(٢) أنظر آنفاً ص ٥١٩ .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٨ .

الأولوية على مآل للمشتري من ثمن العقار فيما إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع ويريد تقاضيه من الشفيع ، فإن هذا الدائن الذى قيد حقه بتقديم على دائني المشتري العاديين في الثمن الذى يكون في ذمة الشفيع للمشتري أو في الثمن الذى أودعه الشفيع خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (١) . وفي ذلك تقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٧ مدني كما رأينا (٢) « ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » .

الفصل الرابع

الحيازة *

(Possession)

تمهيد

٢٥١ - تعريف الحيازة وتكييفها القانوني : كان المشروع التمهيدى

(١) ويبنى بعض الفقهاء حق الأولوية للدائن المقيّد على أساس أن الثمن حل محل العقار حلولاً عينياً (شفيع شحانة فقرة ٢٧٣ ص ٢٨٣ - مسطور بعض مسطور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥) . ويذهب بعض آخر إلى أن حق الأولوية إنما هو تطبيق للقواعد العامة في حق الأولوية ، إذ أن هذا الحق لا يقتصر على الثمن المتحصل من البيع الجبرى ، بل يمتد إلى كل مقابل فقدى للشيء محل الحق (إسماعيل غانم ص ٨٧ - ص ٨٨ - ثمن الدين الوكيل في التأمينات فقرة ٩٠ - فقرة ٩١ - حسن كيرة ص ١٩) .

أما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، فإنه يجب على الشفيع أن يدفع هو الثمن مباشرة إلى البائع ، وهو ملزم على كل حال بإيداعه لحسابه في خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . وعلى ذلك لا يكون الشفيع مديناً بالثمن للمشتري ، ومن ثم لا محل لأن يكون لدائني المشتري المقيدين حق الأولوية على الثمن (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ١٨ ص ٥٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٤٩٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٦) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

• مراجع : Savigny في الحيازة (في القانون الرومانى) ترجمة Staedtler الطبعة السابعة

سنة ١٨٦٥ - ghering في أساس حماية الحيازة (Fondement de la potction possessoire) سنة ١٨٦٥ - وفي دور الإدارة في الحيازة (Role de la volonté dans la possession) سنة ١٨٩١ - ترجمة Esmein - Meulenacre في نظريات الحيازة في ألمانيا في المجلة التاريخية الجديدة سنة ١٨٧٧ - Saleilles في العناصر المكورة للحيازة سنة ١٨٩٤ - حيازة المنقول سنة ١٩٠٧ - وفي المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٣ ص ٩٢ وسنة ١٩٠٤ ص ٩٣ - Duquesne في التمييز بين الحيازة (possession) والإحراز أو السيطرة المدنية (détention) في القانون الرومانى رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ - Cornil في الحيازة سنة ١٩٠٥ - Schwab في النظرية المدنية في الحيازة رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - Ferradou في دور الحيازة في القانون العرفى أخيراً رسالة من بوردو سنة ١٩٢٨ .

للتقنين المدني الجديد يتضمن نصا يعرف الحيازة ، هو نص المادة ١٣٩٨ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : «الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق» . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الخصوص ما يأتي : «الحيازة هي سيطرة فعلية على شيء أو حق ، فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية» (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة مجلس الشيوخ «لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية» (٢) .

وبمخلص من هذا التعريف أن الحيازة وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على حق ، سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن . والسيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق . فإن كان حق ملكية ، اختلط الحق بالشيء محل الحق ، وقد انتقل هذا الاختلاط إلى القانون الحديث من القانون الروماني ، فيقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل حق الملكية . وتكون السيطرة الفعلية هنا عن طريق أعمال مادية وهي الأعمال التي يقوم بها المالك عادة في استعماله لحق الملكية ، فيستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه تصرف المالك . فالشخص يكون حائزا لحق الملكية : أو للشيء محل هذا الحق ، متى استعمل بالنسبة إليه حقوق المالك ، فيسكنه مثلا أو يؤجره إذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ في الهامش وص ٤٥٠ - وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص تحت رقم ١٢٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب مع تعديل لفظي طفيف تحت رقم ١٠٢٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على هذا التعريف «لأنه تعريف ناقص ، وينقصه ركن نية التملك ، إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك . وقد أثار هذا الاعتراض مناقشة طويلة ، رؤى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية» . وجاء في تقرير اللجنة ما يأتي «رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية» . ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٩ في الهامش) .

(٢) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدني عراق على أن «الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق» .

كان دارا ، ويزرعه أو يعطيه لمن يزرعه بالإيجار أو بالمزارعة إذا كان أرضا زراعية ، ويحرزه وينتفع به بحسب ما تقتضيه طبيعته إذا كان سيارة أو كتابا أو مأكولا أو مشروبا ، ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات التي تجوز للمالك . وذلك كله سواء كان هذا الشخص يملك الشيء حقيقة أو لا يملكه ، فلسنا في صدد حق الملكية ، بل في صدد الحيابة للمادية هذا الحق ، أى في صدد استعمال هذا الحق استعمالا فعليا . وإذا لم يكن الحق محل الحيابة حق ملكية ، كأن كان حق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى مثلا ، فإن حيازته تكون باستعماله فعلا ، فيمر الحائز في أرض الجار أو يأخذ الماء من مروي لجاره لرى أرضه أو يأخذه من ترعة عامة ويجعله يجري في أرض جاره حتى يصل إلى أرضه لريها ، وذلك كله سواء كان قد كسب حق الارتفاق بسبب من أسباب كسبه أو لم يكسبه أصلا . وما يقال في حق الارتفاق يقال أيضا في حق الانتفاع ، وفي غير حق الارتفاق وحق الانتفاع من الحقوق الأخرى .

والحيابة ، على هذا التعريف ، ليست بحق عيني أو حق شخصي ، بل هي ليست حقا أصلا . فهي كالشفعة ليست بحق ، ولكنها سبب لكسب الحق . وتختلف عن الشفعة في أن الشفعة واقعة مركبة كما سبق القول ، أما الحيابة فتكفيها القانوني أنها واقعة مادية بسيطة (pur fait matériel) تحدث آثارا قانونية (١) . وإذا سائرنا المذهب الشخصي في الحيابة على ما سيجيء ، وقلنا إن هناك عنصرا معنويا للحيابة هو القصد (animus) - قصد التصرف كمالك أو قصد استعمال الحق محل الحيابة - فليس المراد بالقصد هنا إرادة كسب الحق محل الحيابة (٢) ، بل المراد أن تكون الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز مصحوبة بقصد استعمال حق معين . ومؤدى ذلك أن تكون أعمال

(١) أنظر آنفاً فقرة ١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٨

هامش ٢ .

(٢) وإلا كانت الإرادة هنا تصرفاً قانونياً . وحتى لو سلمنا بذلك ، لا يمكن القول بأن التصرف القانوني قد اختلط بواقعة مادية هي الحيابة المادية أو السيطرة الفعلية . فتكون الحيابة واقعة مختلطة fait mixte عنصر الواقعة المادية فيها هو المتغلب ، فتدخل في نطاق الوقائع المادية .

الحائز أعمالاً قصدية ، وهذا لا يخرجها عن أن تكون أعمالاً مادية محضة ، وهي أعمال اختيارية قصد بها صاحبها أن تحدث آثارها القانونية . أما إذا قلنا مع المذهب المادى إن القصد ينصب على الحيابة المادية فى ذاتها كما سنرى ، فإن هذا يكون أشد دلالة على أن القصد لا يخرج أعمال الحائز عن أن تكون أعمالاً مادية محضة . ومن ثم تكون الحيابة ، فى كل من المذهبين ، واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثاراً قانونية (١) كما سبق القول .

٢٥٢ - تطور الحيابة لتطبق على جميع الحقوق : بدأت الحيابة فى

القانون الرومانى سيطرة فعلية يباشرها الحائز على شىء مادى على اعتبار أنه مالك لهذا الشىء ، فيحرزه إحراراً مادياً ويباشر عليه سلطة المالك . فكانت الحيابة ، على هذا النحو ، استعمالاً لحق الملكية على شىء مادى . ولما كان حق الملكية عند الرومان يختلط بالشىء المادى ، فقد كان الرومان بصورون الحيابة على أنها تقع على الشىء المادى ذاته ، يتصرف فيه الحائز تصرف المالك فيستعمله ويستغله ويتصرف فيه ويستهلكه . فكانت الحيابة سلطة مادية محضة ، لا تنطبق إلا على الأشياء المادية . ثم تطور القانون الرومانى ، فأخذ يعترف ، إلى جانب هذه الحيابة للأشياء المادية (*possessio rei*) ، بنوع آخر من الحيابة ، هى حيابة حق الارتفاق أو حق الانتفاع ، أى استعمال حق الارتفاق أو حق الانتفاع على شىء استعمالاً فعلياً ، وسمى هذا النوع من الحيابة بـحيابة الحق أو شبه الحيابة (*possessio juris, quasi-possessio*) .

وبقى هذا التمييز ما بين الحيابة وتنطبق على الأشياء المادية ، وشبه الحيابة وتنطبق على حق الارتفاق وغيره من الحقوق العينية ، قائماً فى القانون الفرنسى القديم . ونجده قائماً حتى فى آخر عهود هذا القانون عند بوتييه ، وهو يميز بين الحيابة وشبه الحيابة (٢) .

(١) أنظر فى ترتيب مصادر الحقوق العينية وحصرها فى العمل المادى والتصرف القانونى الوسيط ١ طبعة ثانية فقرة ٣٣ ص ١٤٤ هامش ١ - وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٠٩ - ص ١١٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٨ هامش ٢ - مارق ورينو فقرة ٢٧ .

(٢) بوتييه فى الحيابة فقرة ٣٧ - فقرة ٣٨ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

وعند وضع التقنين المدني الفرنسي (تقنين نابليون) ، قضى واضعوه على هذا التمييز ، وجعلوا الحيازة وشبه الحيازة شيئاً واحداً هو الحيازة . ذلك بأن حيازة الشيء المادى ليست إلا حيازة حق الملكية على هذا الشيء ، فهى لا تخرج إذن عن أن تكون حيازة لحق من الحقوق . هو حق الملكية . ولما كان شبه الحيازة هو حيازة حق عيني آخر غير حق الملكية ، فقد تلاقت الحيازة وشبه الحيازة فى أن كلا منهما هو حيازة لحق عيني ، حق الملكية أو حق عيني آخر . فلا محل إذن للتمييز بين الحيازة وشبه الحيازة ، ويمكن تسمية كل منهما بالحيازة . وهذا ما فعلته المادة ٢٢٢٨ من التقنين المدني الفرنسى إذ عرفت الحيازة ، وأدخلت فى نطاقها حيازة الشيء المادى أى حيازة حق الملكية وشبه الحيازة أى حيازة الحقوق العينية الأخرى ، فقالت : « الحيازة هى إحراز شيء أو استعمال حق ، نحرزه أو نستعمله بأنفسنا أو بوساطة شخص آخر نحرزه أو يستعمله بالنيابة عنا » (١) .

ووقف تطور الحيازة عند هذا الحد فى فرنسا . فالحيازة فى القانون الفرنسى هى استعمال حق الملكية أو حق من الحقوق العينية الأخرى ، كحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة (٢) ، على شيء معين استعمالاً فعلياً ، بما يقتضيه هذا الاستعمال من أعمال تتفق مع طبيعة الحق العيني المستعمل ، وبما يصحب هذه الأعمال من قصد إلى استعمال هذا الحق . ويستوى فى ذلك أن يكون الحائز للحق يملك هذا الحق فعلاً أو لا يملكه ، فملكية الحق العيني شيء وحيازته شيء آخر . واستقر القانون الفرنسى على أنه لا يخضع للحيازة ، ما يأتى : (١) الحقوق الشخصية ، إذ لا يخضع للحيازة إلا الحقوق العينية كما سبق القول . فالمستأجر والمستعير ليس لأى منها حق عيني فى العين المؤجرة أو للشيء المعار ، وليس له إلا حق شخصى قبل المؤجر أو المعير ،

(١) بودرى وتيسيه فقرة ١٩٣ - فترة ١٩٦ - بلانيول دريبر ويكار ٣ فقرة ١٤٣ - وانظر مشروع التقنين المدني الفرنسى فى السنة الثامنة لثورة الفرنسية ، وكان أكثر صراحة فى هذا المعنى (Ferret ٢ ص ٤٠٥ م ٩ و ١٠) .

(٢) ويستثنى من الحقوق العينية حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فهذه بطبيعتها غير قابلة للحيازة (أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٠ ص ١٦٣ م ٢ - كولاند وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٦٣ ص ٩٤٧) .

ولا يجوز أن يكون هذا الحق الشخصي محلاً للحيازة . وإنما يجوز المستأجر أو المستعير العين المؤجرة أو الشيء المعار حيازة مادية محضة ، والحيازة الصحيحة هي للمؤجر أو المعير مباشرها باسمه ونياية عنه المستأجر أو المستعير . وما يقال عن « حيازة الحق الشخصي » (possession de la créance) ليس حيازة بالمعنى الصحيح ، وإنما هو تعبير مجازي عن مركز « الدائن الظاهر » ، فم يظهر أمام الناس أنه هو الدائن يكون بمثابة الحائز للحق الشخصي الذي يدعيه ، ولكن لا تنطبق عليه قواعد الحيازة . وذلك ما لم يتجسد الحق الشخصي في السند المثبت له كالسندات لحاملها ، فعند ذلك يعتبر الحق الشخصي منقولاً مادياً ويخضع للحيازة . (٢) الأموال العامة ، فهذه لا يصح أن تكون محلاً لحق خاص ، ومن ثم لا تخضع للحيازة . على أن ذلك ليس على إطلاقه ، فالدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى تحميها دعاوى الحيازة في أموالها العامة ، وكذلك من يحصل على ترخيص (concession) في استعمال المال العام تحميها دعاوى الحيازة ضد الغير لا ضد الجهة الإدارية المرخصة (le concédant) . ولكن لا تجوز حيازة الأموال العامة بحيث تؤدي هذه الحيازة إلى تملكها بالتقادم ، فإن الأموال العامة غير قابلة للتملك بالتقادم . (٣) المجموع من المال (universalité) كالتركة والشجر (fonds de commerce) ، لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعاً ، وإن كانت الأعيان التي تكون هذا المجموع تجوز حيازتها كل عين على حدة (١) .

ولكن تطور الحيازة لم يقف عند هذا الحد في البلاد الجرمانية . فالتقنين المدني الألماني والتقنين المدني السويسري ، متأثرين بالنظرية المادية للحيازة وهي النظرية التي قال بها إهرنج على ماسنري ، مدا الحيازة حتى شملت الحقوق الشخصية دون أن تقتصر على الحقوق العينية . فالمستأجر مثلاً ، في هذين التقنينين ، يعتبر حائزاً لحقه الشخصي قبل المؤجر بالنسبة إلى العين المؤجرة ،

(١) أنظر في ذلك نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٤ - ١ - ١١٢ - أدبيري ورو ٢ فقرة ١٧٨ - بودري وتيسيه فقرة ٢٠٠ - فقرة ٢٠١ - بلانبول وريبير وبهيكار ٣ فقرة ١٤٤ - بلانبول وريبير وبرلانجه ١ فقرة ٢٧٦٣ - مازو فقرة ١٤١٦ .

وتحميه في حيازته هذه دعاوى الحيازة . وسرى أن التقنين المدني المصري
الحديد سار شوطا بعيدا في هذا الطريق (١) .

٢٥٣ - ما استخرته التقنين المدني المدير في موضوع الحيازة : ولم
يعرض التقنين المدني السابق لموضوع الحيازة بوجه عام ، بل اقتصر على إيراد
بعض آثارها ، وبخاصة في التقادم وفي تملك المنقول بالحيازة ، دون أن يورد
هذه الآثار كاملة . أما التقنين المدني الجديد فقد عني بموضوع الحيازة عناية
تامة ، فأفرد لها مكانا خاصا ، وأورد أحكامها العامة في نصوص مستحدثة .
ثم بين ما يترتب عليها من الآثار ، ومن أهم هذه الآثار كسب الملكية ، ومن
هنا وضعت الحيازة في مكانها بين أسباب كسب الملكية (٢) .

٢٥٤ - تقسيم الموضوع : ونبعث الحيازة في قسمين : (١) الحيازة
بوجه عام . (٢) والحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية .

الفرع الأول

الحيازة بوجه عام

٢٥٥ - كسب الحيازة وانتقالها وزوالها - حماية الحيازة في زوالها
والعلاقة بين الحيازة والملكية : تكسب الحيازة ، وتنتقل من حائز إلى آخر ،
وتزول ، كل ذلك على الوجه الذي رسمه القانون .

(١) أنظر مايل فقرة ٢٦٧ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع اتهمدي ، في خصوص ما جاء في المشروع
متعلقاً بالحيازة من حيث أحكامها العامة ومن حيث الآثار التي تترتب عليها ، ما يأتي :
« والحيازة ، من حيث أحكامها العامة ، وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء
يجوز التعامل فيه . وترد الحيازة على الأشياء المادية والحقوق المعنوية على السواء . وتكسب
بأعمال يقوم بها هذا الوضع المادي ، وتنتقل بالاتفاق مصحوباً بالتسليم ، وتزول بزوال
السيطرة الفعلية . وقد اتخذ المشروع من الحيازة وسيلة لإثبات حق الملكية ، وخلص إلى ذلك
بقريتين متواليتين ، جعل في الأولى الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ، وجعل في
الثانية الحيازة القانونية قرينة على الملكية . ووضع قواعد عملية للمفاضلة بين المتنازعين على
الحيازة . والحيازة ، من حيث الآثار التي تترتب عليها ، تصلح قرينة على الملكية كما تقدم .
وتكسب الملكية فعلاً بالتقادم الطويل في العقار والمنقول . فإن اقترنت بحسن النية واستندت
إلى سبب صحيح ، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير ، وملكية المنقول في الحال . ويملك
الحائز ، في كل الفروض ، ثمار المين إذا كان حسن النية » (مجموعة الأعمال التحضيرية
٦ ص ١٤٧) .

ويحمي القانون الحيازة في ذاتها ، ولو كنت الحائز غير مالك . ويرجع ذلك إلى سبين : (السبب الأول) أن الحائز هو الذي يسيطر سيطرة فعلية على المال الذي يقع في حيازته ، فوجب لاعتبارات تتعلق بالأمن العام أن تبقى له هذه السيطرة ، فلا يعتدى أحد عليها ولو كان هو المالك للمال . وعلى المالك أن يلجأ إلى الطرق التي رسمها له القانون لاسترداد ماله من الحائز ، فالقانون يحمي الحيازة كما يحمي الملكية ، وقد جعل لحماية كل من الحيازة والملكية طرقها الخاصة . ولا يجوز للمالك أن ينتزع ماله من الحائز عنوة وقهرا ، فينتصف لنفسه بنفسه ، ويعكر صفو السلام والأمن العام . بل يجب عليه ، إذا لم يرد الحائز إليه ماله طوعا ، أن يسترده عن طريق القضاء وفقا للإجراءات التي رسمها القانون في ذلك (*spoliatus ante omnia restituendus*) (١) .

(والسبب الثاني) أن الحائز للمال ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، يكون هو المالك له . وأول مزايا الملك أن يجوز للمالك المال الذي يملكه ، وقل أن يوجد مالك لا يجوز ملكه بنفسه أو بوساطة غيره . لذلك يفرض القانون مبدئيا أن الحائز هو المالك ، فيحمي الملكية عن طريق حماية الحيازة (٢) . ومن أجل ذلك كانت الحيازة قرينة على الملكية ، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس . ففي الأحوال القليلة التي لا يجوز فيها للمالك ماله بنفسه أو بوساطة غيره ، وتكون الملكية في يد والحيازة في يد أخرى ، أباح القانون للمالك ، بعد أن يقيم الدليل على ملكيته ، أن ينتزع ماله من يد الحائز بالطرق المرسومة لذلك . فحماية الحيازة في ذاتها إنما هي حماية للملكية ، ولكنها حماية مؤقتة إلى أن يقوم الدليل على أن الحائز لا يملك المال الذي في حيازته ، فعندئذ يرد المال إلى مالكه (٣) .

ونتكلم في الحيازة بوجه عام في بحثين ، نجعل البحث الأول منهما في كسب الحيازة وانتقالها وزوالها ، ونجعل البحث الثاني في حماية الحيازة في ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية .

(١) بودرى ويتسيه فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢٠٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٦٤ - مازو فقرة ١٤١٤ - مارتى وريينو فقرة ١٤ ص ٢٢ - كاربونيه ص ١٤٣ .

(٢) إهرنج في أساس حماية الحيازة ص ٨ - بودرى ويتسيه فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١١ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٠٩ - بودرى ويتسيه فقرة ٢٠٧ - فقرة ٢١٢ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٦٤ - مازو فقرة ١٤١٣ - مارتى وريينو فقرة ١٤ - كاربونيه ص ١٤٣ .

المبحث الأول

كسب الحيازة وانتقالها وزوالها

المطلب الأول

كسب الحيازة - الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

٢٥٦ - المثل الذى يتناولها البحث : الحيازة تتكون من عنصرين ، وكسب الحيازة يكون بالجمع ما بين هذين العنصرين . وحتى تكون الحيازة منتجة لآثارها ، وبخاصة حتى تجوز خواتمها بدعاوى الحيازة وحتى تكون سببا لكسب الملكية سواء بنفسها أو عن طريق التقادم ، يجب ألا تكون مشوبة بعيب . والحيازة إذا اقترنت بحسن النية ، كانت أبعد مدى في آثارها عما لو لم تكن مقترنة بحسن النية . فنبعث إذن المسائل الآتية : (١) عنصرى الحيازة . (٢) عيوب الحيازة . (٣) الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية .

§ ١ - عنصرى الحيازة

(Eléments de la possession)

٢٥٧ - العنصر المادى والعنصر المعنوى : الحيازة . كما قدمنا ، تتكون من عنصرين ، أحدهما مادى وهو الإحراز أو السيطرة المادية (corpus) ، والثانى معنوى وهو القصد (animus) (١) .

١ - العنصر المادى - السيطرة المادية

٢٥٨ - كيف نشخص السيطرة المادية : قد تتحقق السيطرة المادية ابتداء ، وقد تتحقق هذه السيطرة انتقالا من الغير . وقد يباشر الشخص السيطرة المادية بنفسه وهذا هو الأصل ، وقد يباشرها بواسطة الغير . وتجوز مباشرة السيطرة

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والحيازة . بعد توافر شروطها ، عنصران : عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١) .

وكما أن الحيازة لا تقوم على مجرد العنصر المادى دون العنصر المعنوى ، كذلك لا تقوم على مجرد العنصر المعنوى دون العنصر المادى (نقض فرنسا ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيرة ١٩٤٩ - ١ - ٤٥ - مازو فقرة ١٤١٩) .

المادية على الشيوع ثم إذا تحققت السيطرة المادية . فانه يجب على الحائز استبقاؤها .

فهذه حملة من المسائل ، نعرضها على التعاقب .

٢٥٩ - كيف نتحقق السيطرة المادية ابتداء : هنا نواجه الفرض الذي .

يسيطر فيه الشخص سيطرة مادية على الشيء دون أن تنتقل إليه هذه السيطرة من غيره ، فهو يسيطر على الشيء ابتداء . ويستوى في ذلك أن يكون الشيء مملوكا لشخص آخر أو غير مملوك لأحد (١) ، وأن يكون عقارا أو منقولا . فالحائز يحرز الشيء ويسيطر عليه ، دون أن يستمد هذه السيطرة من أحد .

وتتحقق السيطرة المادية في هذا الفرض بأن يحرز الحائز الشيء في يده إحرازاً مادياً ، ويباشر فيه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة في ملكه . فإذا كان الشيء داراً ، دخل فيها واستحوذ عليها ، وسكنها أو أسكن فيها غيره بالإيجار مثلاً فيسيطر عليها بواسطة المستأجر كما سيجي . وإذا كان الشيء أرضاً زراعية ، احتلها وزرعها بنفسه أو بواسطة غيره من مزارع أو مستأجر (٢) وإذا كان منقولا كسيارة أو كتاب ، أحرز المنقول وجعله في قبضته ، وباشر عليه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة . هذا كله إذا كان الحائز يستعمل حق الملكية على الشيء ، فإذا كان يستعمل حقاً آخر . كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فالسيطرة المادية على هذا الحق تكون باستعماله عن طريق الأعمال المادية التي يقتضيها استعماله . فان كان ارتفاق مرور مثلاً أو ارتفاق شرب ، كانت السيطرة المادية عليه بالمرور فعلاً في المكان المراد استعمال الحق فيه ، أو بأخذ المياه فعلاً من مروي الحار (٣) .

(١) فان كان غير مملوك لأحد ، كانت حيازته استيلاء (occupation) ، فيكسب الحائز ملكية الشيء فوراً عن هذا الطريق .

(٢) ولكن مجرد أخذ أثره أو سباح من الأرض مرة أو أكثر لا يكفي لتحقيق الحيازة (استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٩ المحلة ٢ رقم ١٧٧ ص ٤٦٥ - استئناف مغلط ٨ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٢) وكذلك لا يكفي لتحقيق تردد دفع الضرائب المستحقة على المنارة (استئناف مغلط ٢٧ يناير سنة ١٩٩٧ - ٩ ص ١٣٠)

(٣) بودري ونيسيه فقرة ١٩٦ ص ٥٤

ولابد ، في الفرض الذي نحن بصدده ، من عمل مادي إيجابي يستحوذ به الحائز على الشيء . فلا يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ ، دون الاستحواذ فعلا . وقبل الاستحواذ الفعلي لا يمكن القول بأن العنصر المادي ، وهو السيطرة المادية ، قد تحقق (١) .

٢٦٠ - كيف تنحصر السيطرة المادية انتفلا من الفبر-إمالة : وهنا نواجه فرضا يختلف عن الفرض السابق ، في أن الشخص لا يسيطر على الشيء ابتداء كما هو الأمر في الفرض السابق ، بل تنتقل إليه السيطرة من شخص آخر كان هو الذي له السيطرة المادية على الشيء ثم نقلها إليه . مثل ذلك أن يبيع شخص عقارا أو متقولا في حيازته لشخص آخر ، ويسلم الشيء المبيع إلى المشتري . ففي هذا المثل كانت السيطرة المادية على الشيء للبائع سواء كان ما لكا للشيء أو غير ما لك ، ثم نقل هذه السيطرة إلى المشتري بتسليمه المبيع له . ولا يشترط في هذا الفرض ، كما اشترط في الفرض السابق ، الاستحواذ الفعلي على الشيء ، بل يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ . فإذا كان المبيع دارا ، فانه يكفي لنقل السيطرة المادية على الدار للمشتري أن تسلم له مفاتيحها وسند الملكية ، فتنتقل السيطرة المادية للمشتري بمجرد وضع الدار تحت تصرفه وتمكنه من تسلمها دون حاجة إلى أن يتسلمها بالفعل (٢) . وإذا كان المبيع جواهر أو حليا ، فان السيطرة المادية على المبيع تنتقل إلى المشتري بتسليمه مفتاح الصندوق أو الخزانة التي تحتوي على الجواهر أو الحلي ، فيتمكن بذلك من الاستحواذ عليها دون حاجة إلى الاستحواذ عليها بالفعل .

(١) ترولون فقرة ٢٥١ - بودرى وتيسيه فقرة ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها أرض قضاء وليست من الأراضي التي لم يسبق الملك فيها لأحد ، بل هي من الأراضي التي تلتفت الحيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين ، فيكون في ثبوت وضع اليد عليها القيام ، مع عدم النزاع ، بإنشاء حدود لها والمرور فيها ووضوح الأموال المستحقة عليها . وإذن فالحكم الذي لا يكتفى في ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر ، بل يشترط تسويرها على الأقل ، يكون حكما غلطاً في تكييف وضع اليد ويتعين نقضه (نقض ملغى ١١ مايو سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص ٥٥٤)

وسنبحث هذه المسألة في تفصيل أوفى عند الكلام في انتقال الحيازة ،
فحيل هنا إلى ما سذكركه هناك (١) .

٢٦١ - المعلقة المادية بواسطة الغير - نص قانونى : تنص المادة ٩٥١

مدنى على ما يأتى :

- ١ - « نصح الحيازة بالواسطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ،
وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » .
- ٢ - « وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان
كانت استمرار الحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء
بها » (٢) .

(١) أنظر مايل فقرة ٢٩٧ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٠١ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتى : ١ - « تقوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان منه بمكان
التابع بحيث يكون ملزماً أن يمثل لأوامره فيما يتعلق بالشيء أو الحق الذى ترد عليه الحيازة .
٢ - وعند الشك يفترض أن الشخص قد حاز لنفسه ، وأنه إذا استمر في حيازته يبق حائزاً
لنفسه » . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة على النحو الآتى : ١ - « كما تصح الحيازة مباشرة
تصح بالواسطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتار
بأوامره فيما يتعلق بالشيء أو الحق الواردة عليه الحيازة . ٢ - وعند الشك يفترض أن
مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرار الحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار
هو لحساب البادىء بها » . وأصبح رقمها في المشروع النهائى ١٠٢٦ . ووافق عليها مجلس
النواب تحت رقم ١٠٢٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ دارت مناقشة طويلة في ورود الحيازة
على الشيء ، وانقسمت الآراء . فرأى ذهب إلى وجوب بقاء هذه الحيازة لأن الحيازة قد
ترد على الشيء دون الحق ، ورأى قال بالحذف لأن الحيازة في كل صورها تكون على
الحق سواء كان حق انتفاع أو حق ملكية ، وإذا كانت التشريعات الأجنبية تستعمل عبارة
حيازة على الشيء فلأنها تجارى الرأى العام الذى يصرف الحيازة إلى الشيء . وقد لقي الرأى
القاتل بالحذف موافقة أغلبية اللجنة . وورد في تقرير لجنة مجلس الشيوخ : « حذفت
من الفقرة الأولى عبارة : كما تصح الحيازة مباشرة تصح بالواسطة . واستعفى عنها بعبارة
تصح الحيازة بالواسطة . وحذف عبارة : بالشيء أو بالحق الواردة عليه الحيازة . واستعفى
عنها بعبارة : بهذه الحيازة ، لأنها أدق في الإعراب عن المقصود بالنص ، فالمراد هو أن يأمر
الوسيط بأوامر الحائز بالأصالة فيما يتعلق بهذه الحيازة ، لا فيما يتعلق بالشيء أو الحق الذى
ترد عليه الحيازة » . وأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى
الجليد ، وصار رقمه ٩٥١ . ووافق مجلس عليه الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية
٦ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٦) .

ويخلص من هذا النص أن الأصل في الحائز أن يباشر السيطرة المادية بنفسه ، أى أنه يستعمل بنفسه استعمالاً فعلياً على الوجه الذى قدمناه الحق الخاضع لحيازته ، سواء كان حق ملكية أو كان حقاً آخر . ولكن يقع مع ذلك أن يباشر هذه السيطرة المادية بالوساطة (corpore aliens) ، فيباشرها باسمه وسيط يكون متصلاً به اتصال التابع بالمتبوع ، ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه السيطرة المادية . ويجتمع عند الحائز في هذه الحالة عنصرا الحيازة : العنصر المعنوى وهو القصد وسياق بيانه ولا ينوب عنه فيه أحد ، والعنصر المادى وهو السيطرة المادية و يباشرها بالوساطة . ومن ثم يبقى الحائز الأصلي هو الحائز ، وتنتج الحيازة آثارها القانونية في شخصه . أما الوسيط في السيطرة المادية فليس بحائز ، وليس لديه إلا السيطرة المادية ، وهذه السيطرة أيضاً تُمرها باسمه وإنما يباشرها باسم الحائز الأصلي .

والأمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة كثيرة . من ذلك أن يباشر الحائز السيطرة المادية بواسطة خدمه وأتباعه وعماله ومستخدميه ، فهؤلاء يستولون عادة على منقولات يحصلون عليها باسم مخدومهم أو متبوعهم في أثناء تأدية أعمالهم ، فتدخل في حيازة المخدوم أو المتبوع ويباشر هذا السيطرة المادية على المنقولات بواسطة أتباعه . ويبقى عنده العنصر المعنوى للحيازة ، ويمكن أن يكون قصداً عاماً في حيازة ما يستولى عليه الأتباع من المنقولات باسمه ، حتى قبل أن يعلم باستيلائهم عليها . فيكون عنده العنصر المعنوى مباشرة وهو القصد ، والعنصر المادى بالوساطة وهو السيطرة المادية (١) .

- ولامقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

(١) بودرى وتبيهه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٤ - ويدخل ضمن الأتباع سائق السيارة فهو

نور السيارة حيازة مادية لحساب متبوعه ويجوز صاحب السيارة سيارته بواسطة التئق ، وكذلك

ناظر الزراعة ويجوز صاحب الأرض بواسطة الأرض الزراعية .

ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا حصل وكيل عنه على حيازة شيء اشتراه له مثلاً في حدود الوكالة ، ما دام الوكيل يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشيء . وما لم يعلن الوكيل أنه اشترى الشيء لنفسه وحازته لحسابه ، فإنه يعتبر قد اشتراه لموكله وحازته لحساب الموكل . ويدخل الشيء في حيازة الموكل حتى قبل أن يعلم هذا أن الوكيل قد حازته ، بل قبل أن يعلم أن الوكيل قد اشتراه (١) . أما إذا خرج الوكيل عن حدود الوكالة أو كان فضولياً ، فإن الشيء لا يدخل في حيازة الموكل أو حيازة رب العمل إلا في الوقت الذي يعلم فيه أن الوكيل أو الفضولي قد حاز الشيء ويقر فيه هذا العمل (٢) .

كذلك يباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا كان قاصراً أو محجوراً عليه وكان مميزاً ، فيباشر باسمه السيطرة المادية الولي أو الوصي أو القيم (٣) . ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا كان شخصاً معنوياً ، فيباشر باسمه السيطرة المادية المديرون أو الأشخاص الذين يفوضون في ذلك (٤) . وقد قضى بأن المجالس المحلية تباشر السيطرة المادية على الطرق العامة الداخلة في حيازتها ، لا بوساطة ممثلها فحسب ، بل أيضاً بوساطة للناس الذين يغدون ويروحون في هذه الطرق والذين يستعملونها وفقاً لما أعدت له (٥) .

(١) ويترتب على ذلك أن الموكل يعتبر حائزاً لشيء من وقت حيازة الوكيل له ، ويبدأ من هذا الوقت سريان التقادم لصالح الموكل (بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٣ - ص ١٨٤) (٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٢ - ص ١٨٣ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز للولي على القاصر أن يتسك بوضع يد القاصر المدة الطويلة لأجل كسب الملكية . وأما تمسك الخصم بقول المادة ٧٦ مدني (قديم) بأن يكون واضح اليد ظاهراً بنفسه وأن القاصر لا يمكنه أن يظهر بالانتفاع بالأطيان لإدارة حركتها لأنه هو نفسه محتاج للمناية بسبب أنه فاقد الأهلية التي تخوله معرفة الصالح لأمره من القاصر بها ، فردود بأن ولي أمر هذا القاصر أو وصيه هو الذي يقوم بوضع اليد نيابة عنه (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧) .

(٤) ولا يجوز لمولاه أن يكسبوا بالتقادم لمصلحتهم ملكية أموال الشخص المعنوي (بودرى وتيسيه فقرة ٣٠٧) .

(٥) نقض فرنسي ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ دافوز ٩٥ - ١ - ٢٤١ - ٢٥ يناير سنة

١٩١٤ سيرييه ١٩١٨ - ١ - ١٦٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٩ .

هذا ونص المادة ٩٥١ مدنى سالف الذكر مقصور على الوسيط الذى يباشر الحيازة باسم الحائز ويكون متصلاً به اتصال التابع بالمتبوع فيأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة ، كما هو الأمر فى الأمثلة التى قدمناها . أما إذا كان الوسيط يتمتع بشيء من حرية التصرف ، كصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، فإنه لا يعتبر وسيطاً بالمعنى الوارد فى المادة ٩٥١ مدنى ، بل هو حائز عرضى (*possesseur à titre précaire*) فيما يتعلق بحق الملكية وحائز أصيل فيما يتعلق بحقه هو . فهو يحوز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة أو المؤجر ، ويحوز لحساب نفسه حق الانتفاع العينى أو حق المستأجر الشخصى . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يأتى (١) .

والسيطرة المادية بواسطة الغير (٢) لا تفترض . فإذا وجدت السيطرة المادية عند شخص افترض أنه يباشرها لحساب نفسه لا لحساب غيره ، فيكون هو الحائز إذ يجتمع عنده إلى جانب العنصر المادى العنصر المعنوى . وعلى من يدعى أنه هو الذى يوجد عنده العنصر المعنوى ، وأن الذى يباشر السيطرة المادية إنما يباشرها نيابة عنه ، أن يثبت ذلك (٣) . وإذا ما ثبت أن

(١) أنظر مايل فقرة ٢٧٠ - أما المادة ٩٥١ مدنى سالفة الذكر فهى مقتبسة من المادة ٨٥٥ من إلتقنين المدنى الألمانى ، وهذا نصها : « إذا باشر شخص السيطرة المادية على شيء لحساب غيره ، بسبب الوظيفة التى يؤدّيها فى منزل المخدم أو فى صناعة المتبوع ، أو بسبب أى مركز آخر مماثل يلزمه أن يأتمر بالأوامر التى يلقاها من المتبوع فى شأن هذا الشيء ، فالمتبوع وحده هو الذى يعتبر حائزاً » . وقد تشبع التقنين الألمانى فى هذا النص بالنظرية المادية للحيازة ، فجعل الحائز لحساب غيره فى الأصل حائزاً حيازة صحيحة ، ثم استثنى من ذلك حيازة الخدم والعمال والأتباع وغيرهم ممن يأتّمرون بأمر المخدم أو المتبوع فجعل حيازتهم مجرد إحرازاً *détention* ، وجعل الحيازة الصحيحة *possession* عند المخدم أو المتبوع (أنظر مايل فقرة ٢٦٦ و فقرة ٢٦٧ و فقرة ٢٧٠) .

(٢) وسنرى فيما يلى (أنظر فقرة ٢٦٩) أن للعنصر المعنوى للحيازة ، بخلاف العنصر المادى أى السيطرة المادية ، يكون عند الحائز أصلاً ، ولا يباشره عنه غيره . بواسطة . وذلك ما لم يكن الشخص عديم التمييز ، كالطفل غير المميز والمجنون ، فيجوز أن يكسب الحيازة فى عنصرها المعنوى والمادى من طريق من ينوب عنه نيابة قانونية ، أى من طريق الول أو الوصى أو القيم (أنظر م ٩٥٠ مدنى) .

(٣) بلانيول وديبير وبيكار ٢ فقرة ١٤٦ ص ١٦٢ .

شخصا يباشر السيطرة المادية بالوساطة عن غيره ، فانه يبقى مباشرا لها بهذه الصفة ، ويفترض فيه أنه مستمر في مباشرة السيطرة المادية بالوساطة عن غيره. فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه الأصل الذي تقوم عليه مباشرته للسيطرة المادية ، وذلك ما لم تتغير صفته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يدل في وضوح على أنه أصبح يباشر السيطرة المادية لحساب نفسه (١). وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ مدني كما رأينا : « وعند الشك يفترض أن مباشر الحياة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرارا لحياة سابقة لافتراض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها » . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والقاعدة أن من عنده الحياة يفترض أنه حائز لنفسه ، ويبقى حائزا لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره ، أو أنه أصبح يحوز لغيره » (٢).

٢٦٢ — السيطرة المادية على الشيوع : كان المشروع التمهيدى للتقنين

المدني الجديد يتضمن نصا ، هو المادة ١٤٠٢ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « إذا حاز شخصان أو أكثر شيئا شائعا ، أو حازوا جميعا حقا واحدا ، جاز لكل منهم أن يقوم بالأعمال التى ترتب على حياة الشيء أو الحق على ألا يحول ذلك دون قيام سائر الشركاء بما يحوز لهم من تلك الأعمال » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « كما تكون الملكية شائعة تكون الحياة أيضا شائعة ، فقد يحوز شخصان أو أكثر أرضا على الشيوع . ويجوز لكل شخص من الحائزين على الشيوع أن يقوم بأعمال الحياة ، بشرط ألا يحول ذلك دون قيام شركائه بهذه الأعمال » . ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة « تجنباً للتفصيلات » (٣).

فالنص قد حذف إذن لأنه تطبيق تفصيلي للقواعد العامة ، فحذفه لا يمنع من العمل به . والحائز على الشيوع يكون عنده العنصران المعنوي والمادى

(١) وهذا ما يسمى بتغير صفة الحياة *interversion du titre* (م ٩٧٢ مدني : أنظر

مايل فقرة ٢٧٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٤ فى الماش .

للحيازة ، ولكنه في العنصر المعنوي يقصد استعمال الحق شائعاً مع غيره لا خالصاً لنفسه ، وفي العنصر المادي يباشر السيطرة المادية شائعة مع غيره لا خالصة لنفسه . فيقوم بالأعمال المادية للحيازة ، بشرط ألا يحول قيامه بهذه الأعمال دون أن يقوم الحائزون على الشيوع معه هم أيضاً بها . مثل ذلك دار يحوزها شخص على الشيوع مع شخص آخر ، فيسكنان الدار معاً ، ويؤجرانها معاً ، وقد يفتسمها فيها فيما بينهما قسمة مهايأة مكانية فيستقل كل منهما بسكنى طابق إذا كانت الدار تشتمل على طابقين . أو قسمة مهايأة زمانية فينتفع كل منهما بالدار مدة معينة على التعاقب .

والحيازة على الشيوع على هذا النحو لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق مع هذا الشيوع . فلا تحمي حيازة كل شخص بدعاوى الحيازة إلا على أساس أنها حيازة على الشيوع ، فكما تحمي حيازة أحد الشريكين تحمي أيضاً حيازة الآخر على اعتبار أن حيازة كل منهما شائعة . كذلك لا يكسب أحد الشريكين الحق بالتقادم إلا شائعاً ، فيملك نصفه مثلاً أو ثلثه شائعاً إذا توافرت شروط التقادم (١).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الشركاء في الشيوع واضحاً يده على جزء معين تسهلاً لطريق الانتفاع ، فهو يملك في هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ، ويكون انتفاعه بالباقي مستمداً من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل في المنفعة . وليس من حق أحد الشركاء أن يتزعزع منه الأرض بحجة أنه معادل له في الحقوق في الأرض . بل كل ماله - إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو إذا أراد الدول عنها - أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضح اليد بما يقابل الانتفاع . فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروط القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع ، فلها الشريك ، في سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشتري من أحد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض ، والمشتري وشأنه في اتخاذ ما يراه كفيلاً بالمحافظة على حقوقه (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣١ ص ٦٠) . وقضت أيضاً بأن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفرز فيه ، من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلاً لأن يحوزه حائزه على وجه التخصيص والافتراد . ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفرز تكون يده برؤية من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست عيباً في ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غنوص وإيهام . فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسته لحيازته عند حد حصته مراعيًا حصة غيره ، كما إذا اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم حصة فيه ، جاز أن يملكوه بالتقادم سواء اشتركوا في حيازته المادية -

وهذا لا يمنع أحد الشريكين من أن يغير بعمل منه صفة الشروع ، إذا كان هذا العمل يدل في وضوح على أنه أصبح يجوز الحق كله خالصا لنفسه . وعند ذلك تحمي حيازته بدعاوى الحيازة على أنها حيازة خالصة له لا شائعة ، ويكسب الحق كله خالصا بالتقادم إذا توافرت شروطه (١) .

أولاً في هذه الحيازة بعضهم عن بعض . هذا إذا لم يكن المالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لغاصبيه ، أما إذا كان للمالك يد على العقار ، فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة ، فضلاً عن إمكان حمل سكوت المالك على حمل التسامح . لكن هذا الفرض ينتج كما تنتج مظنة التسامح من جانب المالك ، إذا كان الغير الذي زعمه في ملكه قد استطاع أن يجوز حصة شائعة في عقاره استقرت على مناهضة حق المالك ومناقضته على نحو لا يترك محلاً لشبهة الفرض أو مظنة التسامح ، وعندئذ تكون الحيازة سالحة لأن تكون أساساً لملك الحصة الشائعة المخوزة بالتقادم (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ من ٩٧) . وقضت أخيراً بأن الحيازة في عنصرها المادي تقتضي السيطرة الفعلية على الشيء الذي يجوز التعامل فيه ، وهي في عنصرها المعنوي تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشيء . ولما كانت الملكية الشائعة لا تنصب إلا على حصة شائعة في أجزاء المال المشترك إلى أن تتميز بالفعل عند حصول التمسك ، فإن هذه الحصة يصح ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، أن تكون محلاً لأن يجوزها شخص على وجه التخصيص والافتراء بنية امتلاكها (نقض مدني ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ من ٢٠٦) .

وانظر أيضاً نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٢٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤١ من ١٠٦ - استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ من ٢٢٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٢ من ٣٤١ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ من ٦٠ - ١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ من ٢٢٠ - ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ من ٢٠٤ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس في القانون ما يحرم على الوراث أن يتملك بالتقادم نصيب من ورثته ، فهو في ذلك كأي شخص أجنبي عن الشركة يتملك متى استوفى وضع يده الشروط الواردة في القانون ، وهي الظهور والمهنة والاستمرار وفيه التملك . والبحث في تحقق هذه الشروط متروك لقاضي الدعوى لتعلقه بالموضوع ، ولا شأن لمحكمة النقض معه إذا مر قد أقام قضاء في ذلك على ما يمكن لتبريره (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول من ٤٥٠ رقم ٢٦) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الشريك لا يمكنه أن يكسب بوضع اليد ملكية للمعين من غير أن يكون واضحاً من تصرفات ما إذا كانت صادرة منه بصفته شريكاً أو مالِكاً مستغلاً ، فلذا تبين أن الشريك تجاوز حدود حقه واستغل أمين باعتباره مالِكاً لما بمفرده ، كافتراؤه بالتصرف وجوده حق شريكه بل على عمل من شأنه أن يقطع بنيته في التملك على صورة واضحة غير مبهمة non équivoque ، فإنه يتملك المعين لا محالة لانقطاع كل شك في طيبة وضع يده (استئناف مصر ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ من ٩٨٨) - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة

والحيازة فى الشىوع هى ، كما رأينا ، حيازة يشترك فيها شخصان أو أكثر ، كل منهم يحوز الحق شائعا مع سائر شركائه . ومن ثم لا يجوز أن يحوز شخصان شيئا واحدا إلا على أساس أنهما يحوزانه على الشىوع ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز جزءا مفرزا من هذا الشيء ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز حقا على الشيء غير الحق الذى يحوزه الآخر فيحوز أحدهما مثلاً حق الانتفاع والآخر حق الرقبة . أما أن يحوز كل منهما الشيء كله خالصا لنفسه فهذا لا يجوز ، لأن حيازة أحدهما للشيء كله خالصا له تمنع من حيازة الآخر لنفس الشيء على هذا النحو . فإذا اغتصب شخص من المالك أرضه ، أصبح هو الحائز وحده للأرض . أما المالك فقد تجرد من الحيازة ، مع استبقائه لحق الملكية حتى يكسبه الحائز هو أيضا بالتادم (١) . ولا يوجد إلا استثناء واحد من هذه القاعدة ، هو أن يغتصب شخص الحيازة من شخص آخر فيصبح هو الحائز ، ويجوز فى الوقت ذاته لمن فقد الحيازة أن يطلب فى خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه بدعوى استرداد الحيازة (م ٩٥٨ مدنى) . وفى هذه الحالة يعتبر كل من الحائز الفعلى والحائز الذى فقد الحيازة حائزا لنفس الشيء ، دون أن يكونا حائزين على الشىوع . أما الحائز الفعلى فحيازته هى الحيازة الفعلية الواقعة ، وأما من فقد الحيازة فحيازته تتمثل فى إمكان استرداد الحيازة التى فقدتها فى خلال السنة فإذا ما استردها اعتبر كأنه لم يفقدتها أبدا (٢) .

٢٦٣ - استبقاء السيطرة المادية : ومتى تحققت السيطرة المادية لشخص على شيء ، عقارا كان الشيء أو منقولا ، فإنها تبقى مادامت لم تنقطع . فيستبقى الشخص السيطرة المادية على المنقول ، مادام فى قبضة يده ولم يخرج من حوزته . ويستبقيا على العقار مادام محتفظا بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد ، حتى لو انقطع عن استعمال العقار فترات معينة ، تطول أو تقصر ، ويكفى استبقاء عنصر القصد لاستبقاء الحيازة (animo retinetur poassessio)

المكتب الفنى لأحكام النقص فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٢٧ - استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ الحاماة ١٥ رقم ٢٨٧ ص ٦٠٤ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢٠ رقم ٣٠٠ ص ٧٧٥ .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٦ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٦ ص ١٦٩ .

فما دام الشخص متمكناً من حيازة الشيء والسيطرة عليه سيطرة مادية ، فإنه يستبقى العنصر المادى ما دام محتفظاً بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد (solo animo) (١) . فإذا كان الشيء داراً وانقطع الحائز عن سكناها ، أو أرضاً وانقطع عن زراعتها ، فإنه يبقى مع ذلك محتفظاً بعنصر السيطرة المادية على الدار أو على الأرض ، مادام يبقى متمكناً من العودة إلى سكنى الدار أو إلى زراعة الأرض . ولا تزول السيطرة المادية إلا إذا أصبح الشخص غير متمكن من ذلك ، كأن إستولى شخص آخر على الدار أو الأرض ومضى على فقد الشخص الأول لحيازته أكثر من سنة ، أو إلا إذا ترك الحائز الدار أو الأرض ففقد بذلك عنصر القصد . فانقطاع الشخص عن سكنى الدار مدة ولو طالت مع تمكنه من العودة إلى سكناها ، وانقطاعه عن زراعة الأرض سنوات ولو تعددت مع تمكنه من العودة إلى زراعتها ، قد يشوب الحيازة بعيب التقطع (discontinuité) فلا تنتج أثرها من حيث كسب الملكية بالتقادم كما سيجىء ، ولكنه لا يجعل الشخص يفقد الحيازة فى ذاتها ، بل يبقى محتفظاً بعنصرها ، عنصر السيطرة المادية الذى استبقاه بتمكنه من العودة إلى هذه السيطرة ، وعنصر القصد الذى لا يضيعه إلا إذا كان الانقطاع قد دام مدة طويلة بحيث يستخلص من ذلك أن الشخص قد فقد هذا العنصر (٢) . وإذا بوشرت السيطرة المادية بالواسطة ، فإنها تبقى حتى لو تجرد الوسيط عن الحيازة أو مات أو أصبح عديم التمييز ، ما دام أجنبى لم يسعول على هذه السيطرة المادية (٣) .

وقد يتوقف العنصران لعارض طارئ ، كأن يفقد الحائز التمييز فيفقد عنصر القصد وعنصر السيطرة المادية معاً ، ومع ذلك تستمر الحيازة باقية

(١) نقص فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٩ - ٧٢ - ١١ يناير سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ١٢٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٥٣ .

(٢) نقص فرنسى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ٢٤٧ - ٩ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٤٤٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٨ - واستبقاء السيطرة المادية على هذا النحو ، أى بالاحتفاظ بعنصر القصد وبمجرد التمكن من العودة إلى السيطرة المادية ، مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع (بودرى وتيسيه فقرة ٢٣١) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٠ .

لا تنقطع ما دام النائب قانونا عن الحائز . من وثى أو وصى أو قيم ، ناب عنه فى خلال وقت معقول فى استبقاء العناصر . فـ نتيجة - فقد التمييز كلا العناصر بالوساطة (١) .

ب - العنصر المعنوى - القصد

٢٦٤ - كيف يتمفق عنصر القصد : يتحقق العنصر المعنوى . وهو عنصر القصد (animus) . فى النظرية التقليدية وهى النظرية الشخصية ، بأن يقوم الحائز بالأعمال المادية للحيازة بقصد استعمال الحق الذى يريده حيازته . وإلى جانب هذه النظرية الشخصية التى يمثلها سافيني ، توجد النظرية المادية التى يمثلها إهرنج . وقد وقف الثنين المدعى المصرى الجديده موقفنا معيناً من هاتين النظريتين . ولا يعتبر استعمال الرخصة من المباحات ولا أعمال التسامح منطقية على عنصر القصد . فلا تقوم الحيازة على هذه الأعمال لانعدام العنصر المعنوى . وعنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصياً ، فلا ينوب عنه غيره فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز ولا يعتبر عنصر القصد متوافراً عند الحائز العرضى (possesseur précaire) وهو الحائز لحساب غيره ، مالم تتغير صفة الحيازة العارضة فينقلب الحائز العرضى إلى حائز لحساب نفسه .

هذه هى المسائل التى نبحثها فى خصوص العنصر المعنوى :

٢٦٥ - النظرية الشخصية فى عنصر القصد : هذه هى النظرية التقليدية فى الحيازة ، وهى النظرية التى يأخذ بها الثنين المدعى الفرنسى والتقنيات اللاتينية الأخرى المتفرعة عنه . وتذهب إلى أن للحيازة عنصراً معنوياً إلى جانب العنصر المادى ، وإلى أنه لا تكفى لتحقيق الحيازة السيطرة المادية (corpus) وهى العنصر المادى ، بل يجب إلى جانب هذا العنصر المادى توافر عنصر معنوى وهو عنصر القصد (animus) . والمقصود بعنصر القصد ، فى هذه النظرية الشخصية ، أن يكون الحائز قاصداً أن يستعمل الحق لحساب نفسه . فإذا كان الحق هو حق الملكية - وهو مختلط كما قدمنا بالشئ - ذاته طبقاً للتقاليد الرومانية

الموروثة - وجب أن يتوافر سند الحائز قصد استعمال حق الملكية لحسابه (*animus domini*) ، فينصرف في الشيء وتصرف المالك ، يستعمله ويستغله ويستهلكه كما يفعل المالك . وإذا كان الحق هو حق ارتفاق أو حق انتفاع ، وجب أن ينصرف الحائز كما لو كان هو صاحب الحق وقد توافرت عنده نية استعماله لحساب نفسه . فالقصد إذن هو نية الحائز في أن يستعمل الحق لحساب نفسه (*animus rem sibi habendi*) ، سواء كان حق ملكية أو حقا آخر . فالحائز لحساب غيره ، كالمستأجر والمستعير والمودع عنده ، لا يتوافر عنده عنصر القصد ، إذ هو لا يستعمل الشيء لحساب نفسه ، بل يستعمله لحساب المؤجر أو المعير أو المودع .

ولم يكن القانون الروماني يتطلب توافر عنصر القصد بالمعنى المتقدم ، بل كان يحمي الحيازة حيث تكون حمايتها نافعة ، دون حاجة إلى توافر هذا العنصر (١) .

أما القانون الفرنسي القديم فقد كان يشترط توافر عنصر القصد لقيام الحيازة ، وقد أشار إليه فقهاء هذا القانون صراحة . بل إن أحدهم ، وهو Dunod ، استعمل التعبير الدال على ذلك ، فذكر عبارة *animus domini* وعبارة *animus rem sibi habendi* ، ولم يكن سافني هو أول من استعمل هذه التعبيرات . وقد ذكر Domat قبل ذلك أن الحيازة الحقيقية هي إحراز الشخص الشيء على أساس أنه هو المالك له ، فإذا أحرز شخص شيئا لحساب غيره ، كالمستأجر وصاحب حق الانتفاع ، فإنه لا يكون عنده إلا مجرد الإحراز ، أما الحائز فهو هذا العير الذي عنده قصد التصرف كما لك والذي يحرز الشيء بوساطة المستأجر أو صاحب حق الانتفاع (٢) . وقال Pothier في هذا المعنى إنه لا يجوز الخلط بين الحيازة الطبيعية (*proseion naturelle*) وبين مجرد إحراز (*détention*) الشخص لشيء لحساب غيره وباسم هذا

(١) جيرار ص ٢٥٩ و ص ٢٦١ - كيك في المجلة التاريخية الجديدة للقانون الفرنسي

والقوانين الأجنبية سنة ١٨٩٤ ص ٥ .

(٢) دوما في القوانين المدنية للكتاب الثالث الباب السابع .

الغير كما هو شأن المستأجر والمودع عنده والمستعير . فاحراز هؤلاء الأشخاص
لشيء المؤجر لهم أو المودع عندهم أو المعار لياهم ليس إلا مجرد إحراز
(*mera custodia*) ، لأنهم لا يحرزون الشيء لحسابهم ، بل لحساب من
أجر الشيء أو أودعه أو أعاره . والمؤجر أو المودع أو المعير هو الحائز ،
ويحرز الشيء عن طريقهم وبوساطتهم (١) .

وانتمثل وجوب توافر عنصر القصد في الحيازة من القانون الفرنسى القديم
إلى التقنين المدنى الفرنسى ، ويتبين ذلك من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية
لهذا التقنين (٢) . وأصبح الآن مقرراً فى القانون الفرنسى أن العنصر المعنوى ،
وهو عنصر القصد ، لا بد من توافره لقيام الحيازة (٣) . فلا بد أن يكون عند
الحائز نية استعمال الحق لحساب نفسه ، فإذا انكسرت هذه النية لم تقم الحيازة
ولما كانت النية تتعلق بالشخص ، فقد سميت ، هذه النظرية بالنظرية الشخصية .
ونادى بها سافينى حتى أنها عرفت باسمه ، فعنده أن عنصر القصد هذا هو
العنصر الجوهرى فى الحيازة ، وهو الذى يقلب مجرد السيطرة المادية إلى حيازة
صحيحة تنتج آثارها . أما من يحرز الشيء لحساب الغير فلا يتوافر عنده عنصر
قصد الحيازة لحساب نفسه (*animus domini*) ، وليس لديه إلا نية الإحراز
لحساب الغير (*animus detinendi*) (٤) .

٢٦٦ - النظرية المادية فى عنصر القصد : وقد عارض إهرنج ، بما
سماه النظرية المادية (*théorie objective*) فى القصد ، النظرية الشخصية
(*théorie subjective*) التى عرفت باسم سافينى فيما قدمناه . فعند

(١) بوتيه فى الحيازة .

(٢) أنظر Lorré ١٦ ص ٥٥٨ وص ٥٦١ .

(٣) وليس من الضرورى أن يتوافر عنصر القصد بالنسبة إلى شيء بالذات ، بل يكفى
أن يتوافر قصد عام إلى حيازة الأشياء التى اتخذت تدابير خاصة لحيازتها . فيعتبر الشخص
حائزاً للمراسلات التى أودعت فى صندوق بريده ، حتى قبل أن يعلم أن هذه المراسلات قد
أودعت فى صندوق البريد (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦٢ - بلانيول وريبير
وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٥ ص ٩١٤) .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦١ - ص ١٦٢ .

إهرنج (١) ليس عنصر القصد عنصراً مستقلاً عن عنصر السيطرة المادية ، بل إن هذا العنصر الثانى يتضمن ضرورة العنصر الأول . فالسيطرة المادية هى الحياة بذاتها ، وإذا كانت هناك إرادة أو نية أو قصد فى الحياة ، فليست هذه الإرادة أو القصد إلا فى الأعمال المادية التى يقوم بها الحائز لتحقيق سيطرته ، إذ أن هذه الأعمال يجب أن تكون أعمالاً إرادية قصدية . فالنائم لا يحوز ما يلقى فى يده فى أثناء نومه ، والسجين لا يحوز ما يقبده من الأغلال . وكذلك عديم التمييز لا يستطيع حياة شىء بنفسه لأنه لا إرادة له ، والأعمال المادية التى يقوم بها تكون أعمالاً غير إرادية . وهو لا يحوز إلا بوساطة الغير ، فينوب عنه الولى أو الرضى أو القيم فى الأعمال الإرادية التى تتحقق بها الحياة . وكل من يسيطر على شىء سيطرة مادية عن طريق أعمال إرادية قصدية يكون حائزاً له ، سواء كان يحوز الشىء لحساب نفسه أو لحساب الغير . فالمستأجر أو المستعير يعتبر حائزاً ، لأنه يسيطر على الشىء سيطرة مادية وينتفع به . ولا يمنع من أن يكون حائزاً أنه لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر أو المعير ، إذ أن إهرنج لا يشترط فى الحياة عنصر القصد بالمعنى المفهوم فى النظرية الشخصية . وقد رأينا أن عنصر القصد فى النظرية الشخصية معناه أن يحوز الشخص لحساب نفسه ، أما عنصر القصد فى النظرية المادية فمعناه كما قدمنا أن تكون الأعمال المادية التى يسيطر بها الشخص على الشىء أعمالاً إرادية قصدية ، سواء كان الشخص يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره (٢) ويقول إهرنج إن هذا كان هو الحكم فى القانون الرومانى ، فلم يكن هذا القانون يشترط فى الحياة عنصر القصد بالمعنى الذى تقول به النظرية الشخصية ، وكان الحائز لحساب غيره كالحائز لحساب نفسه كل منهما يعتبر حائزاً . ولم يكن

(١) أنظر إهرنج فى دور الإرادة فى الحياة (ترجمة Meulenaere) - وفى الحياة نظرية مبسطة فى تناول جميع الناس (أعمال مختارة ترجمة Meulenaere) جزء ٢٠ ص ٢١٥ وما بعدها (- وانظر أيضاً Cornil فى الحياة ص ٣٠ وما بعدها وص ٧٠ وما بعدها .
(٢) وقد يختار تشريع معين أن يحصى حياة الشخص لحساب نفسه دون أن يحصى حياة الشخص لحساب غيره . ولكن ذلك لا يمنع فى نظر إهرنج من أن الحياة تتحقق فى كل من العرنيين ، وتكون حياة الشخص لحساب غيره حياة صحيحة ولكنها حياة لا يحسبها القانون (بودرى وتيسيه فقرة ١٩٩ مكررة أولاً) .

القانون الروماني يميز بين السيطرة المادية (*détention*) والحيازة (*possession*) ، فالسيطرة المادية عنده هي الحيازة ويركز حساب الغير . وكان القانون الروماني يحمي الحيازة بهذا المعنى حيث أن دون حمايتها نافعة (١) ، فتارة يحمي الحائز لحساب الغير إذا كان يتمتع في حيازته بشيء من حرية التصرف ، وتارة لا يحميه إذا كان في حيازته مجرد تابع لا يصدر إلا عن رأي متبوعه وطبقا للتعليمات التي ينلقاها منه كما هو شأن الخدم والعامل والرسول . ويذهب إهرنج ، تبعا لذلك ، إلى أن الذي يميز الحيازة (*possession*) عن مجرد الإحراز (*détention*) ليس هو وجود قصد الحائز في أن يحوز لحساب نفسه كما تقول النظرية الشخصية . فإن وجود هذا القصد ليس ضروريا لقيام الحيازة ، وقد يحوز الشخص لحساب غيره ومع ذلك يعتبر حائزا بالمعنى الصحيح . ولكن قد يحوز الشخص شيئا ويكون في إحرازه إياه مجرد أداة في يد الغير يحوز الشيء باسمه ولحسابه ، فيكون هذا العنصر عاملا سلبيا يستبعد الحيازة الصحيحة (*causa possessione*) فننتقل إلى مجرد إحراز (*causa detentionis*) . أما حيث لا يكشف القاضي عن هذا العامل السلبي الذي يستبعد الحيازة . فقد وجب عليه أن يعتبر الحيازة قائمة لمجرد قيام مظهر خارجي محسوس من السيطرة المادية ، وتكون هذه السيطرة المادية هي الحيازة ذاتها . ومن ثم سمي إهرنج نظريته بالنظرية المادية .

ولعل أهم نتيجة عملية للنظرية المادية هي جواز حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة ، حيث لا تحميه النظرية الشخصية . وأهم تطبيق لهذه النتيجة العملية هو حماية حيازة المستأجر ، إذ المستأجر لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر ، ومن ثم لا تحميه النظرية الشخصية ، أما النظرية المادية فتحميه بجميع دعاوى الحيازة (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٥ .

(٢) وقد تأثرت انتقنيات الجرمانية بالنظرية المادية للحيازة تأثراً بعيداً ، بل هي قد أخذت بها في نصصر صريحة . ففي التقنين المدني الألماني تعرف الحيازة بأنها السيطرة الفعلية *Pouvoir de fait* على الشيء . (م ٨٣٤ مدني ألماني) ، فكل من له هذه السيطرة الفعلية يكون حائزاً ، حتى لو كان حائزاً لحساب غيره كصاحب حق الانتفاع والدائن المرتهن من حيازة والمستأجر -

٢٦٧ - مرقف التقنين المرفى المصرى الجريد من النظرين "نقمة"

والمادة : الآن وقد استعرضنا النظرين الشخصية والمادية فى العنصر المعنوى

= والمودع عنه . ثم تنص المادة ٨٦٨ من هذا التقنين على أنه «إذا حاز شخص شيئاً بصفتة صاحب حق انتفاع أو دائناً مرتباً رهن حيازة أو مزارعاً أو مستأجراً أو مودعاً عنه ، أو حازه بأية صفة مماثلة أخرى تجعل له الحق أو تلزمه نحو الغير بأن يحوز حيازة مؤقتة ، فإن هذا الغير يعتبر هو أيضاً حائزاً لشيء » . ويميز التقنين المدنى الألمانى ، كما نميز النظرية المادية ، الحيازة (possession) من مجرد الإحراز (détention) . فقد يحوز الشخص شيئاً ويكون فى إحرازه إياه مجرد أداة فى يد الغير ، فيكون ذلك عاملاً سلبياً يستبعد الحيازة الصحيحة فتكون مجرد إحراز . وتنص المادة ٨٥٥ من هذا التقنين فى هذا المعنى ، كما رأينا (أنظر آتفاً فقرة ٢٦١ فى الهامش) على أنه «إذا باشر شخص السيطرة المادية على شيء لحساب غيره ، بسبب الوظيفة التى يؤدنها فى منزل المخدم أو صناعة المنبوع ، أو بسبب أى مركز آخر مماثل يلزمه أن يأنمر بالأوامر التى يتلقاها من المنبوع فى شأن هذا الشيء » ، فالمنبوع وحده هو الذى يعتبر حائزاً له . وأخذ التقنين المدنى السويسرى هو أيضاً بالنظرية المادية . فنص فى المادة ٩١٩ منه على أن «من له السيطرة الفعلية على الشيء تكون له حيازته» . ونص فى المادة ٩٢٠ منه على أنه «إذا سلم الحائز للشيء لغيره ، ليولى عليه حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حقاً شخصياً ، فكل من الاثنين يكون حائزاً لشيء » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين السويسرى : «إن الذى يعنى المشرع هو الحيازة فى ذاتها مجردة عن أية صفة أخرى غير تلك التى تستند من الواقعة المادية التى أوجدت الحيازة . وما زاد على ذلك لا يعنى المشرع ونية الحائز مسألة تخرج من نطاق القانون » (Huber : التقنين المدنى السويسرى - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص ٦٩٤ وص ١٩٥) ويختلف التقنين المدنى السويسرى عن التقنين المدنى الألمانى فى أمرين هامين : (الأمر الأول) أن التقنين السويسرى يقرر فى نصوص صريحة جواز حيازة الحقوق الشخصية ، فترد الحيازة على الحق الشخصى ورودها على الحق المعنى . (والأمر الثانى) أن التقنين السويسرى لا يفرق ، كما فرق التقنين الألمانى ، بين حيازة الشخص لحساب نفسه كحيازة المتأجر وحيازة التابع لحساب متبوعه كحيازة الخدم والتابع . ولا يعتبر ، كما اعتبر التقنين الألمانى ، الحيازة الأولى حيازة صحيحة (possession) والحيازة الأخرى مجرد إحراز (détention) . بل كل من الحيازتين فى نظر التقنين السويسرى حيازة صحيحة ، ومادامت هناك سيطرة مادية على الشيء . فهذه السيطرة تكون حيازة حذيرة بأن تحجب دعاوى الحيازة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٤ - ص ١٦٥) .

أنظر فى الدفاع عن النظرية الشخصية فى وجه النظرية المادية وفى وجوب استبقاء عنصر القصد فى الحيازة : بودرى وتيسيه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً - وأنظر فى أن النظرية المادية ، وإن كانت تفضل فى مجموعها النظرية الشخصية ، تنفوى على كثير من السمويات فى التطبيقات ، وفى أنه يجب على كل حال توسيع النظرية الشخصية حتى تنسئ حماية الحائز لحساب غيره . بدعاوى الحيازة : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ .

للحيازة وهو عنصر القصد ، نقف قليلا لتعرف ماهو موافق التقنين المدني المصري الجديد من هاتين النظريتين (١) .

لاشك في أن المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد قد أخذ مبدئيا بالنظرية الشخصية ، ولكنه وسعها بأن استعار من النظرية المادية أهم نتائجها وهى امتداد احيازة إلى الحقوق الشخصية وعدم اقتصارها على الحقوق العينية . ورتب على هذه النتيجة أهم تطبيق عملي ، وهو اعتبار المستأجر حائزا لحقه الشخصى ، وحمى حيازته هذه بجميع دعاوى الحيازة (٢) . وللتدليل على ما ذكرناه نقدم ما يأتى :

أولا - كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا ، هو المادة ١٣٩٨ منه ، يعرف الحيازة على الوجه الآتى : « الحيازة وضع مادية به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شئ . يجوز التعامل به ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق . وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٣) نجد أن هذا النص مقتبس من المادتين ٩١٩ و ٩٢٠ من التقنين المدني السويسرى ، وهما مادتان

(١) والذى يذهب إليه جمهور الفقهاء في مصر هو أن التقنين المدني الجديد قد أخذ ، كالتقنين المدني السابق ، بالنظرية الشخصية (أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص ١٢٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٩ - ص ٥٠٢ - إسماعيل غانم ص ١٠١ - ص ١٠٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٢ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٩ - حسن كيرة ص ٨٥ - رمزى سيف الوجيز في المرافعات طبعة ١٩٥٧ فقرة ١٣٩ و فقرة ١٥٦ - أحمد أبو الوفا في المرافعات طبعة ١٩٥٥ فقرة ١١٤ - أحمد مسلم في أصول المرافعات طبعة ١٩٥٩ فقرة ٣٠٦ - فقرة ٣٠٧) . وهناك من يذهب إلى أن التقنين المدني الجديد قد أخذ بالنظرية المادية للحيازة ، فيحتسب الحائز لحساب غيره . بدعاوى الحيازة كما يحتسب بها الحائز لحساب نفسه (عبد المنعم الشرقاوى في المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ فقرة ٥٩) . وهناك أخيرا من يذهب إلى أن التقنين المدني الجديد لم ينحز إلى جانب أى من النظريتين ، بل اتخذ موقفاً وسطاً بينهما (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٤٠) .

(٢) وقد كان توسع المشروع التمهيدى في الحيازة على هذا النحو ، واستمداده هذا التوسع من النظرية المادية ، هو القدر المقبول الذى يحقق التوازن ما بين النظريتين الشخصية والمادية ، ويأخذ من كل منهما بالقسط الصالح ، وهو ما يميل الفقه الفرنسى إلى الأخذ به (بلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ - وأنظر آنفاً فقرة ٢٦٦ في آخرها في ادهاش) .

(٣) أنظر مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرة لمصاحبة الجزء الرابع ص ٢١٧ .

متأثرتان إلى حد بعيد جداً بالنظرية المادية (١) . والعبارة الأخيرة الواردة في نص المشروع التمهيدى ، وهى « أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق » ، قصد بها استعمال أى حق ، سواء كان هذا الحق عينياً أو شخصياً ، جريباً على نهج نصوص التتمين المدنى السويسرى سالفه الذكر . ويقطع فى ذلك ماورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص المادة ١٣٩٨ المشار إليها : « الحيازة هى سيطرة فعلية على شىء أو حق . فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية (٢) » . فالمادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى قد مدت إذن الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم تقصرها على الحقوق العينية ، متأثرة فى ذلك بالنظرية المادية للحيازة التى تأثرت بها نصوص التتمين المدنى السويسرى . مافى ذلك من ريب (٣) . ولكن يبدو أن المشروع التمهيدى لم يرد أن يعتنق النظرية المادية اعتناقاً تاماً وأن يهجر النظرية الشخصية ، فإن المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، بعد أن ذكرت أن الحيازة تمتد إلى الحقوق الشخصية وعددت شروط الحيازة ، قالت ما يأتى : « وللحيازة ، بعد توافر شروطها ، عنصران عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق (٤) » . وفى هذا القول إشارة واضحة إلى النظرية الشخصية : وتعريف

(١) أنظر آنفاً ص ٨٠٧ هامش ٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠ .

(٣) وما يقطع فى أن المشروع التمهيدى قد أراد أن يمد الحيازة إلى الحقوق الشخصية أن مشروع المادة ٩٦٤ مدنى كان يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى . « وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية ، شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قريبة على وجود هذا الحق . ولكن لايجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣ - ٤٨٤) . ولاشك فى أن هذا النص ، لو استبقى ، لكان يصبح دليلاً قاطعاً على أن الحيازة ، كما تتناول الحقوق العينية ، تتناول أيضاً الحقوق الشخصية . وهو على كل حال لم يحذف إلا اكتفاء بالقواعد العامة ، فلم ترد لجنة مجلس الشيوخ بحذفه أنه ترفض ماورد فيه من الأحكام .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١ .

لعنصر المعنوي للحيازة على النحو الذي تراه هذه النظرية (١).

ثانياً - بقي المشروع التمهيدى - أثراً بنظرية لمادية في الحيازة ، فاعتبر الحيازة لحساب الغير كحيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) كما تقضى بذلك النظرية المادية ، ولم يعتبرها مجرد إحراز (détention) كما تقضى بذلك النظرية الشخصية . ولم يستثن من ذلك إلا حيازة الخدم والعمال والأتباع الذين يأتمرون بأوامر مخدميهم ومتبوعيهم ، فاعتبر هذه الحيازة مجرد إحراز وهذا ما تقتضى به النظرية المادية في الحيازة كما رأينا (٢) . وقد نصت المادة ١٤٠١/١ من المشروع التمهيدى ، وهي مقتبسة من المادة ٨٥٥ مدني ألماني المتأثرة بالنظرية المادية على هذا الحكم فيما يأتي : « لا تدوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان منه بمكان التابع بحيث يكون ملزماً أن يمثل لأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذي ترد عليه الحيازة » . وقد أشير في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى المقابلة ما بين الخادم والمستأجر ، فالمستأجر بخلاف الخادم يحوز حقه الشخصي لحساب نفسه ، وقد ورد في هذا الصدد : « ويتبين من ذلك أن المستأجر يحوز لنفسه حقه كـ مستأجر ، ويحوز للمالك حق الملكية » (٣) .

ثالثاً - وأبلغ أثر للنظرية المادية في المشروع التمهيدى هو ترتيب هذا المشروع على اعتبار حيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) لا مجرد إحراز (détention) نتيجة المنطقية ، وهي حماية حيازة المستأجر لحقه

(١) ويقطع في استبقاء المشروع التمهيدى لعنصر القصد في الحيازة أن المشروع التمهيدى المادة ٩٦٣ مدني جرى على الوجه الآتي : « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شئ واحد ، اعتبر حائزاً بصفة مؤقتة من كانت له الحيازة المادية ، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معينة . وهذا النص يقرر في وضوح أن الحيازة المادية المجردة من عنصر القصد ليست إلا قرينة على الحيازة القانونية المقترنة بعنصر القصد ، فتكون الحيازة إذن مشتملة على عنصرين ، عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد . وقد استثنى هذا النص بعد تعديلات لفغلية غير ذات بال ، آتي التفنين المدني الجديد كما سنرى (أنظر مايلي ص ٨١٥ هامش ٢) ، واستبقاؤه دليل على أن الحيازة المادية في هذا التفنين ليست إلا مجرد قرينة على الحيازة القانونية أي الحيازة المقترنة بعنصر القصد .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٥ .

الشخصي بجميع دعاوى الحيازة . فظهر بوضوح أن المشروع التمهيدى قد مدد الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقن العينية ، أخذاً فى ذلك بالنظرية المادية للحيازة . وقد نصت المادة ١/٧٧٤ من المشروع فى هذا الخصوص على ما يأتى : « لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادى إذا صدر من أجنبى ، ما دام المتعرض لا يدعى حقاً ، وهذا دون إخلال بما للمستأجر من حق فى أن يقاضى باسمه المتعرض مطالباً بالتعويض ، وبما له من حق فى أن يرفع باسمه جميع دعاوى وضع اليد (١) » .

ويستخلص مما قدمناه أن المشروع التمهيدى قد مزج ما بين النظريتين الشخصية والمادية للحيازة ، فاستبقى من النظرية الشخصية العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق ، وأخذ من النظرية المادية التوسع فى نطاق الحيازة ومدّها إلى الحقوق الشخصية وعدم قصرها على الحقوق العينية . فهل بقيت الحال على ما كانت عليه فى المشروع التمهيدى عندما أصبح هذا المشروع تقنيناً مدنياً وتشريعاً معمولاً به ؟ لننظر ماذا صارت إليه النصوص الثلاثة التى أسلفنا ذكرها فى المشروع التمهيدى ، لئرى هل بقيت على حالها فى التقنين المدنى الجديد ، فنستخلص من ذلك موقف هذا التقنين من النظريتين الشخصية والمادية :

١ - فقياً يتعلق بالنص الأول (م ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى) ، وهو النص الخاص بتعريف الحيازة ، سار النص فى مراحل التشريعة حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فلقى اعتراضاً « لأنه تعريف ناقص » وينقصه ركن التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط ، وترك الحيازة بنية التملك . وقد أشار هذا الاعتراض مناقشة طويلة ، روى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية . وقررت اللجنة حذف النص « اكتفاء بالتعريف المقرر للحيازة فى الفقه » ، وورد فى تقريرها : « رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية » (٢) . ويخلص من ذلك أن مناقشة أعضاء اللجنة كانت تدور حول عدم ذكر العنصر المعنوى وهو نية التملك فى التعريف ، إذ كأن التعريف لا يذكر إلا السيطرة المادية أى انحصار

(١) مجرنة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥١٥ .

(٢) مجرنة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٤٤٩ فى الماشى سوافظر آنفاً فقرة ٢٥١

المادى ، فكان أقرب إلى الأخذ بالنظرية المادية . ولما طالت المناقشة ، ولم يغلب رأى على آخر ، لا رأى المتشيع بالنظرية الشخصية تشبعاً تاماً ولا رأى الذى يحيل إلى الأخذ بالنظرية المادية ، حذف النص وترك الأمر للفقهاء بقول رأيه فيه . وعلى ذلك لا يعتبر حذف هذا النص دليلاً على استبقاء النظرية الشخصية فى الحيازة ، ولا هو دليل على الأخذ بالنظرية المادية ، بل إن الأمر فى ذلك متروك للفقهاء .

٢ - وفيما يتعلق بنص المادة ١٤٠١/١ من المشروع التمهيدى ، وهو للنص الخاص بحيازة الخدم والأتباع لحساب مخدوميهم ومتبوعيههم وباعتبار هذه الحيازة مجرد إحراز مادى لا حيازة بالمعنى الصحيح ، اقتصر على تعديل النص تعديلاً لفظياً فى لجنة المراجعة . وفى لجنة مجلس الشيوخ ناقش الأعضاء طويلاً فى ورود الحيازة على الشيء دون الحق ، فقال بعض بأن الحيازة قد ترد على الشيء دون الحق ، وقال بعض آخر بأن الحيازة فى كل صورها تكون على الحق وبأن حيازة الشيء ليست إلا حيازة حق الملكية على هذا الشيء . وقد لاقى هذا رأى الأخير موافقة أغلبية اللجنة ، فحذفت كلمة « الشيء » التى تصاحب كلمة « الحق » اكتفاء بالكلمة الأخيرة (١) . ويلاحظ أن هذه هى الخطوة التى اتبعت دائماً حيث ذكرت كلمة « الشيء » سابقة على كلمة « الحق » ، فإن كلمة « الشيء » تحذف لأن حيازة « الشيء » ليست إلا حيازة حق الملكية ، ولم يكن حذف كلمة « الشيء » سببه استبعاد النظرية المادية والأخذ بالنظرية الشخصية كما ذهب بعض الفقهاء (٢) ويستخلص من بقاء نص المشروع التمهيدى كما

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٦ .

(٢) أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ - ويبدو أنه يعتقد أن النظرية المادية لا تقبل

بحيازة الحق وإنما تقول بحيازة الشيء . ، والذى يقول بحيازة الحق هو النظرية الشخصية فهو يقدر ، لتدليل كل جهة نظره من أن التقنين المبنى الجديد لم يأخذ بالنظرية المادية لأنه جرد الحيازة فى جميع صورها لا ترد إلا على الحقوق ، ما يأتى : « وأبلغ من ذلك فى الدلائل على صحة نظرتنا ، إذا احتاج النهار إلى دليل » ، أن المادة ٩٥٢ التى تتكلم عن انتقال الحيازة أضيفت إليها فى لجنة المراجعة عبارة مؤداها أن الحيازة تنتقل بمجرد تغيير نية الحائز ، وهى ولو لم يكن هناك تسليم مادى . كما صرحت لجنة المشروع المبنى لمجلس الشيوخ على أن تحذف من مشرح هذا النص كلمة « الشيء » التى وردت فيه قبل كلمة الحق ، حرصاً منها على اتساق غلتها .

هو - فيما عدا بعض تعديلات لفظية - في التقنين المدني الجديد في المادة ٩٥١ منه ، أن هذا التقنين قد أخذ بالنظرية المادية فيما يتعلق بالتمييز في الحيازة لحساب الغير بين الحيازة بالمعنى الصحيح (possession) كحيازة صاحب حق الانتفاع وحيازة المستأجر ، وبين مجرد الإحراز المادى (détention) كحيازة الخدم والأتباع . ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد قد بقى يحمل آثار النظرية المادية في الأخذ ببعض مبادئها .

٣ - وفيما يتعلق بنص المادة ١٧/٧٧٤ من المشروع التمهيدى ، وهى الخاصة بحق المستأجر وأن حيازته تحمى بجميع دعاوى الحيازة ، استبقى النص كما هو - فيما عدا بعض تعديلات لفظية أجرتها لجنة المراجعة - في التقنين المدني الجديد في المادة ١/٥٧٥ منه . ويستخلص من بقاء هذا النص في التقنين المدني الجديد أن هذا التقنين قد أخذ بأهم تطبيق عملى للنظرية المادية ، حيث أعطى للمستأجر جميع دعاوى الحيازة لحماية حيازته ، فقد بذلك الحيازة إلى الحقوق

السابقة التى تجعل الحيازة فى كل صورها لا ترد لإعلى الحقوق » (محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص ١٢٤) . والصحيح أن لجنة مجلس الشيوخ ، كما بينا فى المتن ، اعتبرت أن حيازة الشئ ليست إلا حيازة حق الملكية فى هذا الشئ ، فالحيازة إذن لاتقع على الشئ وإنما تقع على الحق . فحذفت كلمة الشئ مكتفية بكلمة الحق لهذا السبب ، لا لأنها أرادت أن تنحاشى الأخذ بالنظرية المادية . ولا شك فى أن كلا من النظريتين الشخصية والمادية تقول بحيازة الشئ وبحيازة الحق ، لافرق بينهما فى ذلك . والتقنينان المديان الألمانى والسويسرى ، وهما التقنينان اللذان أخذتا بالنظرية المادية فى نصوص صريحة ، كما يقولان بحيازة الشئ يقولان أيضاً بحيازة الحق . فى التقنين المديانى الألمانى تجوز حيازة حق الارتفاق (م ١٠٢٩) ، كما تجوز حيازة حق الانتفاع وحق رهن الحيازة وحق المستأجر وحق المودع لديه (م ٨٦٨) . وفى التقنين المديانى السويسرى تجوز حيازة حق الارتفاق وحق رهن الحيازة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية (م ٩٢٠) . والذى يميز بين النظرية الشخصية والنظرية المادية هو تفسير عنصر القصد أو النية . فتميزه النظرية الأولى وتشرط أن تكون نية الحائز هى أن يجوز لحساب نفسه ، فالحائز لحسب غيره هو حائز عرضى ، ولا تعتبر حيازته حيازة صحيحة بل هى مجرد إحراز مادى لاتحميه دعاوى الحيازة . أما النظرية المادية فتدمج عنصر النية فى عنصر الحيازة المادية على الوجه الذى سبق بيانه ، وتجعل حيازة الحائز لحساب غيره حيازة صحيحة تحميها دعاوى الحيازة ، ما لم يكن الحائز خادماً أرتاباً فتجعل الحيازة الصحيحة فى هذه الحالة عند الخدم أرتاباً . وكذلك التقنين المديانى الفرنسى ، وهو التقنين الذى أخذ بالنظرية الشخصية ، يقول بحيازة الشئ وبحيازة الحق ، وقد نص على ذلك صراحة فى المادة ٢٢٢٨ منه كما هو معروف .

الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، وقد تأثر في ذلك تأثراً ظاهراً بالنظرية المادية (١) .

ويستخلص من كل ما تقدم أن التقنين المدنى الجديد ، ولو أنه أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية فأوجب لقيام الحيازة توافر العنصر المعنوى وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق (٢) ، قد تأثر تأثراً كبيراً بالنظرية المادية . فـد الحيازة ، أخذاً بهذه النظرية : إلى الحقوق الشخصية ، ولم يقصرها على الحقوق العينية كما قصرتها النظرية الشخصية . وأخذ بأهم تطبيق عملى للنظرية المادية ، إذ حى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة فى المادة ١/٥٧٥ منه ، فأقر بذلك حيازة الشخص لحساب غيره وجعلها حماية بالمعنى الصحيح (possession) تحمى بجميع دعاوى الحيازة . وميز فى الوقت ذاته ، فى الحيازة لحساب الغير ، بين الحيازة بالمسئ الصحيح كحيازة المستأجر ، ومجرد الإحراز المادى (détention) كما هو الأمر فى حيازة الخدم والأتباع لحساب مخدوميهـم ومتبوعيهـم ، وذلك فى المادة ٩٥١ منه ، وقد أخذ فى ذلك بالنظرية المادية (٣) .

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٦ فقرة ٢٧١ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٦ وفترة ٢٨٢ ص ٢٧٢ .
(٢) وبدل على ذلك أن المادة ٩٦٣ مدنى قابلت ما بين الحيازة المشتتة على عنصر نية استعمال الحق ومجرد الحيازة المادية ، حين نصت على أنه «إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معينة » . انظر فى هذا المعنى أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية ص ١٢٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٨٧ ص ٥٠١ .

(٣) وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأنه يجب توافر نية التملك لمن يبتنى حماية يده بدعاوى الحيازة فلا تكن حيازة عرضية ، أما ما أباحه القانون المدنى فى المادة ٥٧٥ للمستأجر وهو حائز عرضى من رفع دعاوى الحيازة قائماً جاء استثناء من الأصل لا تطبيقاً لمبدأ عام ، وذلك لمركز المستأجر من اعتبار خاص دون سائر الحائزين العرضيين كالحارس والمرتهن حيازياً والمودع لديه (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٠ ص ٥١٧ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩ ص ١٠٦) ، فإن حكمها هذا يستوقف النظر . ذلك بأن المستأجر لا تحمى دعاوى الحيازة فى حق الملكية ، لأنه حائز عرضى بالنسبة إلى هذا الحق . وإنما تحمى هذه الدعاوى فى حقه كـمستأجر ، لأنه فيه حائز أصيل . فهو إذن لم يحى استثناء من الأصل كما تقول محكمة النقض ، به جاء تطبيقاً للمبدأ العام الذى يقضى بحماية الحائز الأصيل دون الحائز العرضى . وكذلك يجب =

٢٦٨ - انتفاء عنصر القصد في إثباته الرخصة من المباحات وفي أعمال

التسامح نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدني على ما يأتي :
« لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ،
أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح » (١) .

وهذا النص يميز بين عمليتين : (١) عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات . (٢) وعمل يتحمله الغير على سبيل التسامح . ويشترك العاملان في أن كلا منهما لا تقوم به الحيازة ، وذلك لأن كلا من عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد يتخلف في العمل الأول فلا تقوم الحيازة لتخلف عنصرها معاً ، ولأن عنصر القصد وحده يتخلف في العمل الثاني فلا تقوم الحيازة لتخلف أحد عنصرها .

والعمل الذي يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات (acte de pure faculté) هو عمل يكون للشخص الحرية التامة في أن يأتيه أولاً

— أن يعامل المرتهن حيازة ، فهو حائز عرضي بالنسبة إلى حق الملكية فلا تحمي حيازته لهذا الحق وهو حائز أصيل بالنسبة إلى حق الرهن فيحسم باعتباره حائزاً لهذا الحق .

ومهما يكن من أمر هذا الجدل ، فإن العبرة بالحلول العملية التي أوردتها المشرع ، فهي التي يجب الوقوف عندها ، دون إغراق في الاهتمام بالعبارات والتقسيمات) أنظر في هذا المعنى بوردري وتيسيه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً ص ١٦٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٣٩٩ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : « ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه رخصة ، أو عمل يتحمله الشخص على سبيل التسامح » . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ١/١٠٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢١ - ١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٤٥١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٩٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٩٥٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٢/١١٤٥ : « ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه

مجرد إباحة ، أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح منه . وكذلك لا تقوم على أعمال منقطعة . (موافق) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

يأتيه ، فإذا أنه لم يكن لأحد أن يمنعه منه . فهو إذن في إتيانه لهذا العمل لا يتعدى على حق لأحد ، ولا يتحمل منه أحد هذا السبل على سبيل التامع . بل إن العمل محض رخصة يأتيها ، فلا هو في إتيانها حاز حقاً لأحد ولو مجرد حيازة حادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده عنصر قصد استعمال حق لأحد ، ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة لتخلف عنصرها كما سبق القول . من ذلك أن يقيم شخص حائظاً على حدود ملكه يفصل بينه وبين جاره ويفتح في هذا الحائط منوراً مستوفياً لشروطه ، فهو في فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات لم يقصد بها الاعتداء على حق لأحد ولم يقع بها فعلاً أي اعتداء على حق لأحد . فلا تقوم له حيازة في هذه الحالة ولا يكسب حقاً قبل الجار ، ويجوز للجار حتى لو بقي المنور مفتوحاً مدة خمس عشرة سنة أو أكثر أن يقيم حائظاً في حدود ملكه يسد به المنور ، ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم (١) . ومثل آخر للرخصة يأتيها الشخص فلا تقوم له حيازة ولا يكسب حقاً أن يفتح مطلاً مستوفياً لقيود المسافة ، فهو في ذلك إنما يستعمل رخصة في حدودها القانونية . ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائظاً في حدود ملكه دون أن يبعد عن هذه الحدود بالمسافة القانونية ، لأن صاحب المثل لم يكسب حقاً قبل جاره بفتح المثل إذ هو لم يأت في ذلك إلا برخصة من المباحات (٢) . ولكن الجار لا يستطيع أن يفتح في الحائط الذي

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٨١ ص ٧٩٠ - وانظر استئناف مصر ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الحاماة ٩ رقم ١٣٠ ص ١٢٧ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٣٢٢ - طنطا الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ - نقض فرنسي ٣ مارس سنة ١٩٣١ جازيت دي باليه ١٩٣١ - ١ - ٦٥٩ - بودري وتيسيه فقرة ٢٧٧ ص ٢١٥ - بلانيرول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٢ ص ٩٤٢ .

(٢) وقد قفت محكمة النقض بأن المثل لا يعتبر ارتفاعاً للمقار المثل على المقار المثل عليه حتى كان مفتوحاً على المسافة القانونية ، أما فتح المثل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلاً من التصرفات التي يملكها كل مالك في ملكه ، له نفعه وعليه خطره . ولا بد ، لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاع المثل يكسب بالتقادم ، من انتفاء مظنة النفوذ والفضل من جانب صاحب المقار المجاور ، وانتفاء شبهة الاقتصار في الانتفاع بالمطر على القدر الذي تركه فائحه من ملكه بينه وبين جاره . وهذه الشبهة وتلك المظنة تؤكدان بإقامة سور فاصل بين النكين ، ومن شأنه لأحد من مجال النظر من المثل . فإذا فتح المالك في ملكه نوافذ على أقل من المسافة القانونية مع

أقامه في حدود ملكه مطلقاً لأنه لا يكون في حدود المسافة القانونية . وعليه إذا أراد فتح مطل في هذا الحائط أن يتعد عن الخط الناصل بمقدار المسافة القانونية ، أو أن يقتصر على فتح منور إذا أقام الحائط في حدود ملكه (١) .

ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة على إتيان رخصة من المباحات أن الشخص يأتي رخصة ، أي يقوم بعمل إيجابي ، ولكن هذا العمل لا تقوم به الحيازة ولا يكسب حقاً بالتقادم كما قدمنا . وهناك صورة عكس ذلك ، بمنع فيها الشخص عن إتيان رخصة من المباحات ، أي يقوم بعمل سلبي . وفي هذه

وجود سور للجاريقائها ، فانه ، مهما يكن في هذا السور من فجوات تسمح بعد النظر على مك الجار ، إنما يكون مخاطر في فتحه هذه النوافذ ، من جهة تصور عمله هذا في الدلالة على معنى للتعدى (empiètement) الذي هو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعنى القانوني على حق ارتفاق بالمطل يراد كسبه بمضى المدة على ملك الغير ، ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قيام السور على صم تهاون صاحبه في أن تظل على ملكه تلك النوافذ وعلى احتفاظه بحقه في البناء على نهاية ملكه في كل وقت . ولا يرد على ذلك بأن صاحب السور يتراخيه في ترميمه وسد فجواته قد أسقط حقه في هذا الترميم ، وأنه مكن الجار باستناعه عن إجرائه من كسب حق عليه ، إذ حق المالك في ترميم ملكه لا يسقط بعدم الاستعمال ، ولا ينقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح (نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣٤) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٦٥ ص ١٣٧ - اسكندرية الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٩٦ ص ٥٩٢ - طنطا الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ - مصر الكلية ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ٢٣ رقم ٣٣٧ ص ١٢٥٤ .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ ص ٧٨٢ - وانظر نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٨٩ ص ٨٤١ - ولا يوجد في مصر حق سبيل بالنسبة إلى المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة ، كياه الأمطار . فإذا تحمل صاحب الأرض المنخفضة سبيل هذه المياه على سبيل التسامع ، لم يكسب صاحب الأرض المرتفعة حق ارتفاق بالسبيل ولوبيقت المياه تسيل في الأرض المنخفضة خمس عشرة سنة أو أكثر . وإذا انتفع صاحب الأرض المنخفضة بالمياه التي تسيل في أرضه ، فإن هذا عمل يعد رخصة من المباحات يأتيها دون أن يكسب بها حقاً . فلو طبق ينتفع بهذه المياه خمس عشرة سنة أو أكثر ، وأراد صاحب الأرض المرتفعة بعد انقضاء هذه المدة أن يمنع عنه هذه المياه ، بأن يقيم مثلاً سدّاً يحول دون سبيلها في الأرض المنخفضة ، فليس لصاحب الأرض المنخفضة أن يتسكك بأنه كسب حق ارتفاق لأنه ظل ينتفع بالمياه خمس عشرة سنة ، فغير في انتفاعه هذه المياه إنما أتى كما قدمنا برخصة من المباحات لا يكسب بها حقاً (بودري وتيسيه فقرة ٢٧٧)

انحالة لا تكون بوجوب عدم كسب حق عن طريق التنازل . كسب . بل . كسب
بصدد عدم سقوط حق عن طريق التنازل . مثل ذلك أن يكون لمالك
الأرض حق البناء عليها وأن يعلى ببناءه كما يشاء في الحدود التي ترسمها اللوائح
والقوانين ، فهذه رخصة لمالك الأرض له ألا يأتيا : فإذا هو لم يقيم على أرضه
بناء وتركها فضاء مدة خمس عشرة سنة أو أكثر : فإن رخصته في البناء لا تسقط
بالتنازل المسقط ، ويستطيع أن يقيم بناء على أرضه في أي وقت شاء . ولا يستطيع
جاره أن يحتج بأنه بقي ينتفع بمجاورته لأرض فضاء لا تحول دون الرؤية إلى
مدى واسع مدة خمس عشرة سنة ، وبأنه كسب حق ارتفاع على جاره بعدم
البناء (*servitude non aedificandi, non altius tollendi*) على هذا النحو .
ومثل ذلك أيضا أن لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما
المتلاصقة ، فهذه رخصة ، للجار ألا يأتيا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ،
ولا تسقط رخصته في طلب وضع الحدود بانقضاء هذه المدة ، وتبقى دعوى
تعيين الحدود غير قابلة للسقوط بالتنازل (١) . ومثل ذلك أخيرا أن للجار الذي
لم يساهم في نفقات تعلية الحائط المشترك أن يصبح شريكا في الجزء المعلق (م ٨١٦
مدني) فهذه أيضا رخصة للجار ألا يأتيا ، فإذا هو لم يأتيا وانقضت على
التعلية مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، لا تسقط رخصته في أن يدّلب الاشتراك
في الجزء المعلق ولو بعد انقضاء هذه المدة (٢) . ففي هذه الأمثلة وغيرها (٣) لنا
في صدد إثبات رخصة من المباحات لا تقوم به الحيابة ولا يكسب حقا بالتنازل
كما في الأمثلة المتقدمة ، بل نحن في صدد عدم إثبات رخصة من المباحات
والرخصة إذا لم تستعمل لا تسقط بالتنازل (٤) .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٥٨ ص ٧٤٣ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٦٠٨ ص ١٠١١ .

(٣) وذلك كحق الشريك في طلب قسمة المال الشائع فهذه رخصة ، وحق الجار في
طلب حق المرور أو حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل عندما تنافر الشرط التي يطلبها
فإنه في هذه كسب رخصته أن يستعملها أو ألا يستعملها . وهي لا تسقط بالتنازل
لم تستعمل .

(٤) بودري وتيسيه فقرة ١٦١ - فقرة ١٧٤ وفترة ٢٧٩ - فقرة ٢٨١ .

وننتقل الآن إلى الأعمال التي يتحملها الغير على سبيل التسامح (*actes de simple tolérance*) . وهذه الأعمال ، بخلاف إتيان الرخص من المباحات ، تتضمن حيازة مادية لحق من حقوق الغير ، ففيها إذن اعتداء على هذا الحق . ولكن صاحب الحق لا يحمل هذه الحيازة المادية على محمل الاعتداء ، بل يتحملها على سبيل التسامح . وكذلك من يقوم بهذه الحيازة المادية يتجرد من عنصر القصد ، فهو لا يقصد استعمال الحق بل يقتصر على القيام بعمل مادي رخص له فيه صاحبه ولو ترخيصا ضمنيا وتسامح معه فيه ، حفاظا منه على حسن العشرة ومراعاة لحسن الجوار . فتكون الحيازة هنا قد تجردت من أحد عنصريها وهو عنصر القصد ، فقام العنصر المادي وتخلف العنصر المعنوي ، (١) فهي إذن لا تقوم (٢) . مثل ذلك أن يختار صاحب الأرض المحبوسة ممرا له ، لا في العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانوني بل في عقار آخر ، أو أن تكون الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ولكن صاحبها يمر في أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر . فإذا بقي صاحب الأرض في هاتين الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سنة ، فإنه يكسب بالتقادم حق ارتفاع بالمرور في الأرض التي بقي يمر فيها طول هذه المدة . وذلك مالم يثبت أن مرور صاحب الأرض كان على سبيل التسامح ولم يكن عند هذا الأخير قصد استعمال حق ارتفاع بالمرور ، فعند ذلك تكون حيازته لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب أي حق (٣) . ومثل ذلك أيضا أن يفتح الجار مطلا أو منورا في الحائط المشترك ،

(١) إسماعيل غ ص ١٠٥ .

(٢) وقد قضت المحكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت الأرض موضوع النزاع من أراضي المبانى ، وكان مدعى وضع اليد عليها يتمتع بها أكثر من أنه شغلها بسيارات وحدائد وغير ذلك من أدوات ورشدة الملاصقة لها ، ولا ارتفاع على هذه الصورة غير حائز للصفات الكافية للإعلام بنية تملكها ، إذ أنه من قبيل الأفعال التي تحمل على التسامح المتعارف بين الملاك المتجاورين فلا تكسب أحدهم حقاً قبل الآخر مهما طال الزمن عليها (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٤٤ ص ٦٩) . وانظر بودرى وقبييه فقرة ٢٨٢ - بلاتويل وديبير ديكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤٠ .

(٣) نقض سبقي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكاتب التي لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٧ - الوسيط ٨ فقرة ٤٧١ ص ٧٧١ - ص ٧٧٢ . وقد جاء في المذكرات

ويبقى المظل أو المنور مفتوحا المدة اللازمة للتقادم ، فإن الجار يكسب حق ارتفاق بالمظل أو بالمنور في الحائط المشترك . وذلك ما لم يكن جاره الشريك في الحائط قد تركه يفتح المظل أو المنور على سبيل التسامح ، فعند ذلك تكون حيازة المظل أو المنور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب الجار أى حق (١) . ومثل ذلك أيضا أن يقيم الجار على حدود ملكه حائطا يفتح فيها مطلا على أرض الجار وهي أرض فضاء ، فيغلب أن يترك صاحب الأرض النضاء جاره يفتح المظل على سبيل التسامح ، لأن فتح المظل في هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضره أن يفتح جاره مطلا عليها . وعلى ذلك يكون الجار الذى فتح المظل وتسامح له جاره في ذلك لم يحز حق المظل إلا حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب حق ارتفاق بالمظل على جاره ولو بقي المظل مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر (٢) . ومثل ذلك أخيرا أن يترك الجار مواشى جاره رعى في أرضه على سبيل التسامح فلا يكسب الجار صاحب المواشى حق ارتفاق ويجوز منعه في أى وقت من رعى مواشيه في أرض الجار (٣) ،

- الإيضاحية للمشروع التمهيدى : ويجب أن تكون الحيازة سيطرة متدية ، لا مجرد رخصة ولا عملا يقبل على سبيل التسامح . فن كان يمر بأرض جاره ، وقد رخص له الجار في ذلك لاهل أن له حق ارتفاق ، لا يعتبر حائزا لحق المرور (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠) .

(١) انظر الوسيط فقرة ٦٠٣ ص ٩٩٦ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ومن فتح مطلا على أرض فضاء لجاره ، فترك الجار المظل على سبيل التسامح إذ هو لا يضايقه مادامت أرضه فضاء ، لا يعتبر حائزا لحق المظل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين من الأوراق أن الطاعن تملك في كافة مراحل التقاضى بأن المطلات المشار إليها في طعنه لا يمكن أن تكسب حق ارتفاق المظل لأنها مفتوحة على أرض فضاء ومتروكة عن طريق التسامح وأن التسامح لا يكسب حقا ، وكان هذا الدفعا من شأنه لو ثبت أن يتخير به وجه الرأى في الدعوى ، وكان الحكم خلوا من التحدث عنه ، فإنه يكون قد شابه قصور يبطله في هذا الخصوص (نقض ملف ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكاتب القنى لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٥) .

(٣) أر أن تقيم البلدية في أرضه ، عند حصد المحصول ، موقا ، فلا تكسب البلدية حق انتفاع ، لأن صاحب الأرض إنما ترك البلدية تقيم الحق على سبيل التسامح (نقض لرأى -

أو أن يترك الجار طريقا خاصا لا يستعمله يمر فيه جاره على سبيل التسامح فلا يكسب هذا الجار لا حق ملكية ولا حق ارتفاق بالتقادم ، أو أن يترك الجار لجاره مخزنا مهجورا يضع فيه أمتعته على سبيل التسامح فلا يكسب هذا الأخير ملكية المخزن بالتقادم . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الأعمال التى قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح ، فلا تكسب هذه الأعمال لا حق ملكية ولا حق ارتفاق (١) . وقد يدق الأمر ، فيتلمس القاضى أية علامة مادية تنم عن نية التسامح عند الجار ، كأن يحيط الطريق الذى يمر فيه جاره بسياج يدل على نيته فى الاحتفاظ بطريقه ، ولو فتح فى هذا السياج بابا يمر منه جاره فيكون هذا المرور على سبيل التسامح (٢) .

= ٤ يولييه سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ٢١ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٢ ص ٢٢٠ - بلانيول وديبير وبيكار - ٢ فقرة ٩٦١ ص ٩٤٠ .

(١) ولارقابة على محكمة الموضوع فى تقريرها ، متى كان هذا التقرير مبنيا على أسباب سائفة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استنتجت المحكمة من علاقة الابن بأبيه أن انتفاع الأب بملك ابنه كان من قبيل التسامح ، وأن يده بناء على ذلك يد عارضة لا تكسب الملكية بمضى المدة ، فلا رقابة عليها لمحكمة النقض ، لكون ذلك من التقديرات الموضوعية التى لا شأن لمحكمة النقض بها مادامت مبنية على ما يسوغها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٥٣١) . وقضت أيضا بأنه إذا استنتجت المحكمة من الوقائع أن انتفاع واضح اليد إنما كان مبنيا على التسامح الذى يحدث بين الجيران ، فذلك لا يخرج عن حدود سلطتها ، ولارقابة عليها فى محكمة النقض (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٣) . ويلاحظ أن الحوار فى ذاته بسبب سائغ لتسامح الجار مع جاره ولولم نقل بأن أعمال التسامح لا تجمل للجار حقا ، لنشدد كل جار مع جاره ، ولمنعه من إتيان أعمال فى ملكه لا ضرر عليه منها ، خشية أن يكسب الجار حقا على ملك جاره (بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٩٦١ ص ٩٤١) .

والرأى الراجح أن التسامح لا يعتد به إلا بالنسبة إلى الشخص الذى صدر منه التسامح ، فإذا باشر شخص حق ارتفاق على أرض جاره عن طريق تسامح الجار ، فعلى الارتفاق لا ينفذ فى حق هذا الجار ، ولكنه ينفذ فى حق النير (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣١ وهامش ١٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤١ - نقض فرنسى ٦ مارس سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٥ - ١ - ٥٥٧ - ٢٥ يولييه سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٩٩ - وانظر عكس ذلك حوار فقرة ٤٩٢ - لوران ٢٢ فقرة ٢٩٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٤) .

(٢) نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٢٢٩ - ١٨ مايو

سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٩٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٥ ص ٢٢١ .

ويجوز أن تنقلب الأعمال التي يستعمل الشخص بوامطها رخصة من المباحات ، أو التي يقوم بها على سبيل التسامح من المالك ، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عناصر الحيازة المادية والمعنوية . فتغير رخصة هذه الأعمال ، وبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيازة ، تصبح أعمالا تتم بها الحيازة وتنتج آثارها . ويتحقق ذلك بأن يأتي الجار الذي يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادي يعتبر معارضة لحق المالك ، ويشعره بأنه إنما يجوز حقا وأنه يقصد استعماله ، فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العنصر المادي والعنصر المعنوي ، وتنتج آثارها القانونية . فيعمد مثلا صاحب الأرض المنخفضة الذي يتلقى ماء المطر من الأرض المرتفعة ويياشر رخصة الانتفاع بها إلى وضع مواسير في الأرض المرتفعة تنقل منها المياه إليه ، فيدل بذلك على نيته أنه لا يياشر رخصة وإنما يستعمل حقا ، وتصبح حيازته حيازة صحيحة كاملة ، وإذا استمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة فإنه يكسب حق ارتفاق على الأرض المرتفعة . أو يسمد الجار الذي يمر في أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف الطريق الذي يمر فيه أو إلى تعبيده إذا لم يكن معبدا ، وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده ، مما يقطع في أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة الكاملة التي توافر فيها عناصرها المادية وعناصرها المعنوية ، فإذا استمر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار ، فإن الحيازة تنتج أثرها ويكسب الحائز حق ارتفاق بالمرور في الطريق أو حق ملكية الطريق ذاتها بحسب الأحوال . ولهذا نظير في الحيازة العرضية ، فسرى أن هذه الحيازة تنقلب إلى حيازة صحيحة غير عرضية إذا تغيرت صفة الحيازة بفعل يعتبر معارضة لحق المالك (م ٩٧٢ / ٢ مدني) (١) .

٢٦٩ - عنصر النقص يجب أنه يوجد عند الحائز مُتَحَصِّباً فهو تجوز

النيابة فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز - نص قانوني : تنص المادة ٩٥٠ مدني على ما يأتي :

(١) انظر مايل فقرة ٢٧٢ - وانظر بودري ونبيه فقرة ٢٨٦ - بلانبول وريبير

و يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية (١) .

وقد قدمنا (٢) أن العنصر المادى للحيازة، أى السيطرة المادية، تجوز مباشرتها بواسطة الغير، كالحادم والتابع والحائز العرضى. أما العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد، فهو بخلاف العنصر المادى لا تجوز مباشرته بالواسطة، بل يجب أن يكون موجودا عند الحائز نفسه شخصيا. فلا يجوز أن يكون عنصر القصد عند غير الحائز، ولا يصح أن يحوز شخص حقا ويكون قصد استعمال هذا الحق موجودا عند غيره، لأن القصد أمر شخصى فلا بد أن يوجد عند شخص الحائز ومع ذلك إذا كان الحائز عديم التمييز (٣)، كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه غير المميز، فإن إرادته تكون معدومة، فيستحيل أن يتوافر عنده

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الملقى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة، بعد تعديل لفظى، تحت رقم ١٠٢٥ فى المشروع النهائى وأعادته مجلس النواب إلى ما كان عليه فى المشروع التمهيدى تحت رقم ١٠٢٢، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٢ - ص ٤٥٣).

ولا مقابل للنص فى التقنين الملقى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين الملقى السورى م ٩٠٨ (مطابق).

التقنين الملقى الليبى م ٩٥٤ (مطابق).

التقنين الملقى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١.

(٣) أما إذا كان الحائز مميزاً، كالصبي المميز والمجنون عليه لفه، فإنه يجوز أن يتوافر عنده شخصياً عنصر القصد، إذ لا يشترط فى توافر عنصر القصد كمال الأهلية، بل يكتفى بالتمييز (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧). لأن الحيازة واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً حتى تشترط الأهلية (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١ - محمد عى عرفة ٢ فقرة ٨٠ ص ١٤٠). وعنصر القصد، أى نية التملك، من مسائل الواقع، وللمحكمة الموضوع السلطة الثابتة فى التعرف على نية واضح اليد من جميع عناصر الدعوى، وقضاؤها فى ذلك لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض، مادامت هذه العناصر مدونة فى سكرها ونفيده تلك النتيجة التى استفادتها (نقض ملئ ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب العلى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٩).

عنصر القصد ، إذ أن هذا العنصر يعرض وجود الإرادة . ومن ثم تنفي الضرورة هنا أن يكون عنصر القصد موجودا عند من ينوب نيابة قانونية عن عديم التمييز ، من ولى أو وصى أو قيم . فيحوز عديم التمييز الحق ، وينوب عنه نائبه في كل من عنصرى الحيازة ، العنصر المادى والعنصر المعنوى ، ذلك لأن العنصر المادى أى السيطرة المادية لا تتحقق إلا عن طريق أعمال إرادية ، وعديم التمييز لا إرادة له ، فهو غير قادر على السيطرة المادية وهى العنصر المادى ، كما هو غير قادر على عنصر القصد وهو العنصر المعنوى ، فينوب عنه نائبه في كل من العنصرين (١) .

٢٧٠ - **الحيازة العرضية أو الحيازة لحساب الغير** : والحيازة العرضية (*possession précaire*) ليست حيازة صحيحة ، لأن من يحوز الحق حيازة عرضية لا يحوزه لحساب نفسه ، بل يحوزه لحساب غيره . فعنصر القصد ، أى قصد الشخص استعمال الحق لحساب نفسه ، غير موجود عند الحائز العرضى ، بل هو موجود عند الغير الذى يستعمل الحق باسمه . فهذا الغير هو الحائز ، يباشر عنصر القصد أصيلا عن نفسه ، ويباشر عنصر السيطرة المادية بواسطة الحائز العرضى . فالك الشئ مثلا يحوزه عادة ، أى يجمع بين عنصرى الحيازة ، فيسيطر على الشئ وسيطرة مادية بقصد استعمال حق الملكية فيه لحساب نفسه . وقد ينقل السيطرة المادية على الشئ الحائز عرضى ، كتابع أو وكيل أو صاحب حق انتفاع أو دائن مرتهن رهن حيازة أو مستأجر أو مستعير أو مودع عنه . ويبقى محتفظا بعنصر القصد ، أى قصد استعمال حق الملكية ، ولكن عنصر السيطرة المادية ينتقل إلى الحائز العرضى ، فيكون المالك حائزا للشئ بواسطة الحائز العرضى (*corpore alieno*) . والذى يميز الحائز العرضى أن حيازته للشئ حيازة مادية محضة ، وأنه يحوزه لحساب غيره ، وأنه يلتزم برده للمالك . وهذا الالتزام بالرد (*obligation de restitution*)

(١) انظر آنفاً ص ٨٠٦ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٩ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٦٢ ص ٩٤٦ - مازو فقرة ١٤٣١ ماري وريغو فقرة ١٨ ص ٢٦ - حى كبيرة ص ٩٤ .

هو الذى يحدد مركز الحائز العرضي ، وهو الذى يجعل حيازته حيازة مادية محضة (détention) أى حيازة عرضية . فالحائز العرضي (prossesseur) (précaire) إذن هو كل شخص انتقلت إليه من الحائز السيطرة المادية على الشيء يباشرها باسم الحائز ولحسابه ، وذلك بموجب عقد كما هي الحال في التابع والوكيل والمستأجر والمستعير وصاحب حق الانتفاع والمرتهن رهن حيازة وغيرهم ممن يرتبطون بعقد مع الحائز ، أو بحكم القضاء أو القانون لتأدية مهمة معينة كما هي الحال في الحارس والسنديك ومصنى التركة ومصنى الشركة بعد حلها والوصي والقيم والوكيل عن الغائب . وينشأ الالتزام بالرد من العقد أو من القانون بحسب الأحوال (١) . والحائزون العرضيون فريقان :

(الفريق الأول) الحائزون العرضيون الذين يتزلون من الحائز الأصلي مترلة التابع من المتبوع ، فيأتمرون بأوامره ويلتزمون تعليماته وليست لهم أية حرية في التصرف . وقد قدمنا (٢) أن المادة ٩٥١ مدني ، وتنص الفقرة الأولى منها على أن « تصح الحيازة بالوساطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ، وكان متصلا به اتصالا يلزمه الاثمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » ، مقصورة على هؤلاء . ورأينا (٣) أن هذا الفريق الأول يشمل الخدم والعمال والمستخدمين ومساكن الأتباع كالطاهي والسائق وناظر الزراعة ، والوكيل مادام يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشيء الذى اشتراه في حدود الوكالة (٤) ، والولى والوصى والقيم إذا كان القاصر أو المحجور عليه مميزا ، والمدير أو المفوض من الشخص المعنوى في حيازة ماله ، وبوجه عام كل شخص يباشر

(١) فالحيازة العرضية إذن هي مركز يتفق مع القانون ، بخلاف الحيازة غير العرضية فانها مركز قد يتفق مع القانون كما في حيازة المالك لما يملكه ، وقد يخالفه كما في حيازة اللص للشيء الذى يسرقه وحيازة المنتصب للشيء الذى يقتصبه . والحائز العرضي إنما يحوز الشيء حيازة مادية بناء على سند قانوني صحيح ، إما لأنه تعاقب مع الحائز ، أو لأن القانون يفرض عليه مهمة معينة تستوجب انتقال الحيازة المادية إليه . ولكن هذا السند القانوني الصحيح هو نفسه الذى يجعل الحيازة حيازة عرضية ، لأنه يتضمن اعتراف الحائز العرضي بأنه يحوز الشيء لحساب غيره . وبأنه ملتزم برده لهذا الغير (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٤) انظر نفس مدني ٦ برنيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١١١ ص ٢٩٢ .

السيطرة المادية على الشيء لحساب غيره ويكون تابعا بأمر في هذه السيطرة بأوامر من يباشرها لحسابه .

(والفريق الثاني) الحائزون العرضيون الذين يجوزون لحساب غيرهم ، ولكنهم لا يعتبرون أتباعا للحائز الأصلي بل يبقى لهم شيء من حرية التصرف في حيازتهم . ويدخل ضمن هؤلاء صاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى ، وصاحب حق الحكر ، والدائن المرتهن رهن حيازة ، والمستأجر والمزارع ، والمستعير ، والحارس والمودع عنده (١) . فهؤلاء يتفقون مع الفريق الأول في أنهم مثله يجوزون لحساب غيرهم ، فهم جميعا حائزون رهنيون (٢) . ولكنهم يختلفون عن الفريق الأول في أنهم لا يقتصرون

(١) أما البائع الذي لم يلم المبيع إلى المشتري - استبقاه في حيازته ، وعارض حق المشتري معارضة يستخلص منها أنه قصد استبقاء الحيازة لحساب نفسه ، فإنه لا يعتبر حائزا عرفيا بل حائزا أصيلا ، ويجوز أن يملك المبيع بالتقادم الطويل . ولا يمتنع من ذلك ضمانه للمعرض إذا سقطت دعوى الضمان بالتقادم . أنظر في هذه المسألة التوسيط : ٤ فقرة ٣٣١ . وقد قضت محكمة النقض بأن التزام البائع بضمان عدم التعرض للالتزام أبدى يتولد من عقد البيع ولو لم يظهر ، فيمتنع على البائع التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض . وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته ، فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع ، إلا إذا توافرت لديهم أولادى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣) . وانظر أيضاً نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ ص ٦٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ الحماية ٣٢ رقم ٢٨٥ ص ١١٢١ - ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ - ٢١ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٣٥٥ - ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٣٩٨ - استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ - أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ١٥ ص ١٧٢ - وانظر من هذا الرأي في انقذه : لوران ٣٢ فقرة ٣١٤ - هيك ١٤ فقرة ٣٧٣ - بودري وتيسيه فقرة ٣٠٦ - محمد علي هرفة ٣ فقرة ١٤٣ - حسن كيرة ص ٩٥ - وانظر من الرأي المكسي : كولان وكابيتان ودي لامورانديبر ٢ فقرة ٥٦٧ - الهلال وحامد زكي في البيع فقرة ٣٤١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥٣ ص ٥٤٠ هامش ٣ .

(٢) ولكن بشرط أن يكون الحائز للمعرض حائزا فعلا لحق وله السيطرة المادية عليه ، فلا يكفي مثلا صدور عقد إيجار لمستأجر لمجمله حائزا عرضيا إذا كان لم يستول فعلا على العين المورجرة . وقد قضت محكمة النقض بأن تأجير ناظر الوقف للأطيان المملوكة للوقف

على حيازة الشيء مجرد حيازة مادية (détention) ، بل هم يجمعون إلى هذه الحيازة المادية حيازة صحيحة كاملة (possession) الحق عيني أو حق شخصي يحوزونه لحساب أنفسهم . ويتوافر عندهم بالنسبة إلى هذا الحق عنصرا الحيازة ، السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب أنفسهم ، فهم إذن لا يعتبرون حائزين عرضيين لهذا الحق ، بل هم حائزون أصليون . ويصدق هذا على الأقل على صاحب حق الانتفاع وصاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى ، وصاحب حق الحكر ، والدائن المرتهن رهن حيازة ، والمستأجر والمزارع . فكل من هؤلاء يعتبر حائرا عرضيا للشيء بالنسبة إلى حق الملكية فيه ، إذ يحوز هذا الحق لحساب المالك لا لحساب نفسه ، ولا يباشر فيه إلا السيطرة المادية نيابة عن المالك (١) . والحائز لحق الملكية هو المالك وحده ، فهو الذى يوجد عنده عنصر القصد ، ويباشر السيطرة المادية بوساطتهم (٢) . أما بالنسبة إلى الحق العيني من حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق حكر أو حق رهن حيازي ، أو بالنسبة إلى الحق الشخصى من حق المستأجر

= هو عمل من الأعمال القانونية، وهو لا يكتفى لتوافر الركن المادى لحيازة الجزء المتنازع عليه من هذه الأطنان ، بل يجب لتوافره وضع اليد الفعل على هذا الجزء . فإذا كان الثابت من تقرير الخبير على ما جاء بأسباب الحكم أن شخصاً آخر غير مستأجر تلك الأطنان هو واضع اليد مادياً على الجزء المتنازع عليه ، وأنه لم يكن يدفع عنه إيجاراً لناظر الوقف ولا لمستأجر منه ، فإن القول بأن ناظر الوقف كان يضع يده على هذا الجزء لمجرد أنه يدخل فيما كان يؤجره للغير دون التثبت من وضع اليد الفعل هو استدلال غير سائغ قانوناً ، إذ العبرة بوضع اليد الفعل لا بمجرد تصرف قانونى قد يطابق أرائطابق الحقيقة (نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٢٢٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل ، فلهذا أن يستند إليها عند الحاجة . وإذن ففى ثبتت الحيازة للمستأجر فى مواجهة المترضين له ، وردت إليه بحكم نهائى ، فإن المؤجر يعتبر مستمراً فى وضع يده مدة الحيازة التى لمستأجره (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة الكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٨٧ رقم ١٠) .

(٢) والمالك وحده هو الذى تتحقق فى شخصه آثار حيازة حق الملكية ، فيستطيع أن يلجأ فى حماية هذه الحيازة إلى جميع دعاوى الحيازة ، ويتم التقادم لمصلحة إذا كان من شأن هذه الحيازة أن تؤدى إلى التقادم (بلائيول روبيير ويكار ٣ فترة ١٦٢) .

أو حق المزارع ، فإن كلا منهم يجوز الحق الذى يباشره لحساب نفسه لا لحساب المالك ، ويجمع فيه بين عنصرى الحيازة عنصر السيطرة المادية وعنصر القصد ، فيعتبر حائزا حيازة صحيحة كاملة لهذا الحق ، ويستطيع أن يلجأ فى حماية حيازته هذه إلى جميع دعاوى الحيازة . بل إن الحيازة بالنسبة إلى هذا الحق تنتج آثارها كاملة ، فيجوز لمن يجوز حقا عينيا منهم أن يملك هذا الحق بالتقادم ، كما يجوز أن يملك الحق العيني العقارى بالتقادم القصير إذا كان حسن النية ، وإذا كان الحق العيني منقولاً يملكه بالحيازة المقرنة بحسن النية (١) .

ولما كنا هنا فى صدد الحيازة العرضية ، فتقتصر عليها لنبين أحكامها ، ويستوى فى هذه الأحكام الفريقان الأول والثانى السابق ذكرهما . ونترك جانباً الحيازة الأصلية لصاحب حق الانتفاع وغيره من أصحاب الحقوق العينية والحيازة الأصلية للمستأجر والمزارع فيما يتعلق بالحق العيني أو الحق الشخصى الذى يباشره كل منهم ، فهذه الحيازة الأدائية تسرى عليها أحكام الحيازة شأنها فى ذلك شأن كل حيازة أصلية أخرى (٢) .

٢٧١- أمطام الحيازة العرضية : والحائز العرضى ، أى الحائز

لحساب غيره أياً كان ، لا يستطيع أن يتمسك بهذه الحيازة العرضية لكسب حق بالتقادم (٣) ، أو لحماية هذه الحيازة بدعوى من دعاوى الحيازة . وهو لا يستطيع ذلك إلا باسم الحائز الأصيل ، إذ أنه يجوز لحسابه . فالمستأجر مثلاً لا يكسب حق الملكية على العين المؤجرة بالتقادم ، مهما طالت مدة حيازته للعين . وإنما يستطيع أن يتمسك باسم المؤجر بحيازته للعين المؤجرة ، كأن يكون (١) بودرى ونيسيه فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٤ مكررة - بلايول وريير ويكار ٣ فقرة ١٦١ ص ١٧٧ هامش ٣ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٦٤ ص ٩٤٩ .

(٢) أنظر فى حيازة المستأجر لحد الشخصى كمتأجر حيازة أصلية وحماية هذه الحيازة بجميع دعاوى وضع اليد : الوسيط فى الإيجار ٦ فقرة ٢٧١ وفقرة ٢٨٢ .
(٣) أنظر فى حيازة الوكيل العرضية وكونها لا تؤدى إلى التملك بالتقادم : نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ هاماً جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٠ - ونصر المادة ٢٥٨ / ٢ من قانون الملكية العقارية البنائى هل ما يأتى : ولا يجوز للمزارع ولا للسفل ولا للرديع ولا للتفديع ولا للورثتهم أن يدعوا بمرور الزمن .

مؤجر غير ذلك نعين ويكون قد وضع يده عليها مدة اثني عشرة سنة مثلاً ، ثم أجراها وحازها المستأجر مدة ثلاث سنوات أخرى ، فيعتبر المؤجر قد حاز العين بواسطة المستأجر هذه المدة الأخيرة ، فيكون قد أكمل مدة التقادم لكسب ملكية العين . وكذلك لا يستطيع المستأجر أن يحمي حيازته لحق ملكية العين المؤجرة بدعوى الحيازة ، لأن هذه الحيازة حيازة مادية محضة وهي لحساب المؤجر ، فإذا لجأ مثلاً إلى دعوى منع التعرض فيما يتعلق بالملكية لم يستطع اللجوء إليها إلا باسم المؤجر . وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى جميع دعاوى الحيازة فيما يتعلق بحيازته لحقه الشخصي كمستأجر ، ويرفع هذه الدعاوى أصالة عن نفسه لا باسم المؤجر ، فقد قدمنا أنه إذا كان يعتبر حائزاً عرضياً بالنسبة إلى حق الملكية فإنه يعتبر حائزاً أصيلاً بالنسبة إلى حقه مستأجر .

وعلى ذلك لا يستطيع الحائز العرضي أن يحمي باسمه حيازته العرضية كما قدمنا . وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى الوسائل التي يخولها إياه القانون لحماية نفسه ولدفع الاعتداء عنه . فيستطيع مثلاً إذا انتزع منه الشيء عنوة وجبراً أن يسترده بدعوى استرداد الحيازة ، وهذه هي دعوى الحيازة الوحيدة التي يستطيع الحائز العرضي أن يرفعها باسمه ، وذلك لحرص القانون على أن يحافظ على الأمن العام . ويستطيع الحائز العرضي أن يستبقى حيازة الشيء حتى يستوفى منه من حقوق في ذمة الغير بسبب هذه الحيازة ، ولكن ذلك لا يرجع إلى أن القانون يحميه في حيازته العرضية ، بل يرجع إلى ماخوله إياه القانون من الحق في حبس العين حتى يستوفى ماله من الحقوق (١) .

ولا يستطيع الحائز العرضي أن يكسب بحيازته العرضية حق ملكية العين بالتقادم . فالمرتهن زهن حيازة لا يستطيع أن يكسب ملكية العين المرهونة بالتقادم ، مهما طال الزمن الذي تبقى فيه العين في يده ولوزاد على خمس عشرة سنة (٢) . ويستوى في ذلك أن يكون المالك للعين هو المدين الراهن ، أو كانت

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ١٦٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض

المحكرة مهما طال مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالمحكر السنوي (نقض ملق ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الثاني أحكام النقض في ٢٥ جزء أول ص ٤٤٨ رقم ١٨ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ١٩ - أول مارس سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢١) .

العين مملوكة لغيره . فإذا كان المالك هو المدين الراهن ، وبقيت العين في يد الدائن المرتهن رهن حيازة مدة خمس عشرة سنة أو أكثر سواء استوفى الدائن حقه أو لم يستوفه ، فإن الدائن لا يملك العين بالتقادم ضد المدين مالك العين ، وذلك طوال المدة التي تبقى فيها حيازة الدائن حيازة عرضية ولم تتغير صفاتها فتتحول إلى حيازة أصيلة على الوجه المقرر في القانون والذي سيأتي بيانه (١) . وتبقى حيازة الدائن للعين حيازة عرضية لا يكسب بها ملكية العين بالتقادم ، حتى لو سقط التزامه برد الدين إلى المدين الراهن بالتقادم المسقط بعد استيفائه الدين . فسقوط الالتزام بالرد بالتقادم المسقط لا يمنع من أن تبقى الحيازة حيازة عرضية لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم المكسب ، وإذا كان المدين الراهن لا يستطيع بعد تمام التقادم المستطأن يرفع على الدائن دعوى الاسترداد الشخصية ، فإن ذلك لا يمنعه من رفع دعوى الاستحقاق العينية إذ أن الدائن لم يكسب ملكية العين بحيازته العرضية (٢) . وإذا كانت العين المرهونة رهن حيازة مملوكة لغير المدين الراهن ، فإن الدائن لا يستطيع أيضاً بحيازته العرضية أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد مالكيها الحقيقي ، ويستطيع هذا الأخير أن يسترد العين من الدائن بدعوى الاستحقاق بعد إدخال المدين في الدعوى ولكن يجوز للدائن أن يكسب حق الرهن لا حق الملكية ، لأنه يجوز الحق الأول لحساب نفسه فهو أصيل في حيازته لإياه كما قدمنا . فإذا كان حسن النية وارتهن

(١) أنظر مايل فقرة ٢٧٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة الدائن المرتهن للعين المرهونة هي حيازة عارضة لا تنتقل بها الملكية مهما طال الزمن (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى كان عقد البيع يخفى رهنه ، فإن بطلانه ، سواء باعتباره بيعاً أورهناً ، لا يغير من حقيقة الواقع في شأنه ، وهو أن نية الطرفين فيه قد انصرفت إلى الرهن لا إلى البيع . ومن ثم فإن وضع يد المرتهن لا يكون بنية التمكك ، بل يعتبر عارضاً ، فلا يكسبه المالك مهما طال عليه الزمن (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٤) . وانظر أيضاً في نفس المعنى نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٥ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥٤٥ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٢٠ وانظر بودري وتيسيه فقرة ٣٢٥ .

العين من غير مالك ، فانه يكسب حق الرهن بمجرد الحيازة في المنقول ، ونخمس سنوات وهي مدة التقادم القصير في العقار . أما إذا لم يكن حسن النية وارث العين من غير مالك ، فلا يملك حق الرهن ، سواء في العقار أو في المنقول ، إلا بالتقادم الطويل أى بخمسة عشرة سنة .

ونبقى الحيازة العرضية على صفحتها هذه مهما طالت ، فلا تحمى بدعاوى الحيازة ولا تكسب الملكية بالتقادم على النحو الذى قدمناه . وننتقل من الحائز العرضى إلى وارثه حيازة عرضية كما كانت عند المورث ، وهكذا تنتقل من وارث إلى وارث دون أن تتغير صفحتها . فلو أن حائزا عرضيا ، كمودع عنده أو حارس ، بقى واضعا يده على العين المودعة أو الموضوعة تحت الحراسة مدة طويلة ، ثم خلفه عليها وارثه ثم وارث وارثه ، وبقيت الورثة واضعين اليد على العين مددا طويلة أخرى (١) ، ولو بلغت هذه المدد مائة عام أو أكثر ، فإن أحدا منهم لا يكسب ملكية العين بالتقادم ، لأن كلا منهم حيازته عرضية (٢) .

(١) وقد قضى بأنه إذا كان الطاعن قد دفع الدعوى بادعائه ملكية المنزل المطلوب تقديم الحساب عنه بمقولة إنه وضع يده عليه هو ومورثه من قبله المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فرفض المحكم المطعون فيه هذا الدفع استناداً إلى أن حيازة الطاعن للمنزل هو ومورثه كانت حيازة عارضة (كان المورث دائماً مرتباً) لانتقل بها الملكية مهما طال الزمن ، فإن هذا الذى أقام عليه المحكم قضاءه هو تقدير سليم لا مخالفة فيه للقانون (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٩ ص ٣١٥) . وانظر أيضاً فى نفس المعنى نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١١ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٥ ص ٥٤٥ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٩ ص ٦٢٠ - ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص ٨٤ - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٣١٤ وفقرة ٣٢٢ وفقرة ٣٢٤ ص ٢٥٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة التى تقررها المادة ٧٩ مدنى (قديم) صريحة فى أنه لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التملك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد ، مهما تسلسل التوريث وطال الزمن . وحكم المادة ٧٩ مدنى (قديم) يسرى على الواقف المستحق للوقف وعلى الناظر عليه وعلى ورثته من بعده ، مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ، ولا يستطيع أيهم أن يمتلك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٦) . وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٢ - استئناف مصر ٢١ مايو سنة ١٩٣٨ المماثلة ١٨ رقم ٤٥٧ ص ١٠٤٥ .

ويستوى في ذلك أن يكون الوارث حسن النية أو سيء النية ، كما يستوى إذا كان سيء النية أن يستبقى صفة مورثه أو أن يضع يده كمالك ، فمادامت حيازة مورثه حيازة عرضية ، ولم يغير هو صفة هذه الحيازة بأن يحولها إلى حيازة أصيلة على الوجه الذى قرره القانون ، فإن حيازته تبقى كحيازة مورثه حيازة عرضية ليس من شأنها أن تكسب ملكية العين بالتقادم . أما إذا نقل الحائز العرضى ملكية العين إلى خلف خاص بتصرف ناقل للملكية ، معاوضة أو تبرعا ، فإن الخلف الخاص لا تكون حيازته حيازة عرضية ، بل تكون حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وتصلح لكسب الملكية بالتقادم . ذلك لأن الخلف الخاص يبتدىء حيازة جديدة توافرت فيها عناصر الحيازة من قصد وسيطرة مادية ، أما الخلف العام فتنتقل إليه حيازة مورثه ذاتها فتبقى عرضية كما كانت عند مورثه (١) . ويستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سيء النية ، فلو كان يعلم حقيقة حيازة سلفه وأنها حيازة عرضية ، فإن ذلك لا يمنع من أن تكون حيازته هو حيازة أصيلة مادام سلفه قد تعامل معه لا على أنه حائز عرضى بل على أنه مالك (٢)

وقد قدمنا (٣) إن الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ مدنى تنص على ما يأتى : « وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فإن كانت استمرارا لحيازة سلفه افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادى بها » . ونرى من ذلك أن القانون قد وضع قرائن قانونية تذلل كثيرا من الصعاب التى تحوط بالحيازة العرضية ، وكيف تثبت هذه الحيازة . وقد قررنا فى هذا الصدد (٤) أن الحيازة العرضية لا تفترض ، بل يفترض فى الحائز أنه يحوز لحساب نفسه حيازة أصيلة لا حيازة عرضية . وعلى من يدعى العكس ، ويتمسك بأن الحائز ليس إلا حائزا عرضيا يحوز لحساب غيره فلا يستطيع مثلا أن يملك بالتقادم ،

(١) بودرى وتيبه فقرة ٣١٧ - فقرة ٣١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٤ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيبه فقرة ٣١٩ - وأنظر عكس ذلك نقض فرنسى

٨ نوفمبر سنة ١٨٨٠ دالروز ٨١ - ١ - ٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٤ ص ١٧٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

أن يثبت ذلك فهو الذي يحمل عبء الإثبات (١) . فإذا ما ثبت أن الحيازة حيازة عرضية وأن الحائز إنما يحوز لحساب غيره ، فإنه يفترض أنه قد بقى حائزاً عرضياً على ما كان عليه ولم تتغير صفة حيازته ، إلى أن يثبت هو أن صفة حيازته قد تغيرت وأن هذه الحيازة قد تحولت إلى حيازة أصيلة (٢) . فننظر الآن كيف تتغير صفة الحيازة ، فنتحول من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة .

٢٧٢- تغير صفة الحيازة العرضية وتحولها إلى حيازة أصيلة - نص قانوني :

تنص المادة ٩٧٢ مدني على ما يأتي :

« ١ - ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده . فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة » .
« ٢ - ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته ، إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك . ولكن في هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير » (٣) .

(١) بودري وتيسيه فقرة ٢٧٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٨ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٧ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لكل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٢ - ص ٥٠٣) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٧٩ / ١٠٦ : لا تثبت ملكية العقار والحقوق المينية بمضى المدة الطويلة لمن كان واضحاً يده عليها بسبب معلوم غير أسباب التملك ، سواء كان السبب مبتدأ منه أو سابقاً من آلت منه إليه . وعلى ذلك فلا تحصل الملكية بوضع اليد للمستأجر والمتنفع والمردع عنده والمستير ، ولأورثتهم من بعدهم .

(والنص يتفق في حكمه مع حكمه للتقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية للمرية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٠ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٦١ : لا يكتسب شخص بمرور الزمن حقاً عينياً ضد

سند الشخصى أو ضد سند مورثيه .

(والنص موافق في حكمه لحكم التقنين المصرى) .

ويخلص من هذا النص أن الحائز العرضي يبقى حائزا عرضيا كما قدمنا مهما طال الزمن على حيازته . فلا يستطيع أن يغير صفة حيازته هذه بمجرد تغيير نيته ، كأن يعلن المستأجر المؤجر مثلا أنه غير نيته من حيازة العين كمستأجر إلى حيازتها كما لك ولو صاحب هذا الإعلان أن يمنع عن دفع الأجرة للمؤجر . فان إعلانه تغيير نيته لا يغير من صفة حيازته العرضية ، وامتناعه عن دفع الأجرة لإخلال بالتزامه كمستأجر . وهذا وذاك لا يكفيان في تحويل حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة . بل على ذلك تبقى حيازته حيازة عرضية ، ولا يستطيع بموجبها أن يكسب ملكية العين الأجرة بالتقادم . وهذا لأنه « ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف منده » . فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته » (١) . كذلك وارث الحائز العرضي يبقى حائزا عرضيا مثل مورثه كما سبق القول ، ولا يستطيع تحويل حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة بمجرد تغيير نيته وإعلانه أنه أصبح يحوز كـ "ك" على خلاف حيازة مورثه . ومن ثم لا يستطيع كسب ملكية العين التي تلقاها من مورثه بالتقادم لمجرد أنه غير بنفسه لنفسه أصل حيازته وهي في أصلها حيازة عرضية ، وهذا لأنه « ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف منده » ، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه . . . الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة .

ولا يستطيع الحائز العرضي أو وارثه أن يكسب بالتقادم ملكية العين ، إلا إذا تغيرت صفة حيازته وتحولت هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة . ولا يبدأ سريان التقادم إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا التحول ، ومن ذلك الوقت أيضا يمكن للحائز أن يحتج بدعوى الحيازة » (٢) .

وتتغير صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة بأحد أمرين (٣) :

(١) نفخ ملق ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٩٢ ص ٨٢٩ .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٦٥ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « إذا كان الحائز يده سند إيجار مثلا ، فهو حائز لحق المستأجر . وليس له بمجرد تغيير نيته أن يحوز حق الملكية إذا لم يقرن ذلك بفعل ظاهر يصدر من الغير أو من الحائز نفسه ، كأن يتعرض الغير للحائز فيدعي هذا الملكية أو يعارض الحائز حق المالك بفعل ظاهر . ولا يبدأ سريان التقادم بالتدبير الجديدة إلا من وقت صدور هذا العمل الظاهر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٨) . ويلاحظ أن -

(الأمر الأول) فعل يصدر من الغير : وهذا الفعل يكون عادة تصرفاً ناقلاً للملكية (١) ، يتلقاه الحائز العرضي من الغير فتتغير به صفة حيازته العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة ، إذ أن الحائز يحوز العين من وقت هذا التصرف كمالك لحساب نفسه ، لا كحائز عرضي لحساب غيره . ومن ذلك الوقت يستطيع الحائز أن يحتج كمالك بجميع دعاوى الحيازة كما قدمنا ، كما يستطيع أن يكسب الملكية بالتقادم . مثل ذلك أن يعتقد المستأجر للعين أنه استأجر من غير المالك ، فيتقدم إلى الشخص الذي يعتقد أنه هو المالك ويشتري منه العين . فهنا قد صدر تصرف ناقلاً للملكية من الغير وهو الشخص الذي يعتقد المستأجر خطأ أنه هو المالك ، وقد صدر هذا التصرف إلى المستأجر وهو الحائز العرضي . فيضع هذا الحائز يده على العين كمالك بمجرد صدور عقد البيع له ، ومن ثم تنقلب حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم إذا أكمل مدته ضد المؤجر وهو المالك الحقيقي للعين (٢) . ولا يشترط أن يكون الحائز العرضي ، وقت أن تلقى التصرف الناقلاً للملكية ، حسن النية أى يعتقد أنه تعامل مع المالك الحقيقي . فلو كان

= ما جاء بالذاكرة الإيضاحية ، من أن صفة الحيازة تنغير بتعرض الغير للحائز فيدعى هذا الملكية محل للنظر ، كما سيتبين عند الكلام في الفعل الذى يصدر عن الغير فيما يلى في نفس الفقرة . وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد بسبب وقى معلوم غير أسباب التملك لا يعتبر صالحاً للملك به ، إلا إذا حصل تغيير في سببه يزيل عنه صفة الوقتية . وهذا التغيير لا يكون إلا بإحدى اثنتين : أن يتلقى ذواليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها ، أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين بمجاهة ظاهرة صريحة بصفة الفعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونة (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ١ رقم ٣٥٢ ص ١٩٧ . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٨ - استئناف وطنى ٣ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١١١ ص ١٧٩ - وهذان اسببان لتغير صفة الحيازة لما هذا الأثر لصالح أى حائز عرضي ، وضد أى شخص آخر سواء كان من الغير أو كان هو الشخص نفسه الذى تلقى الحائز العرضي منه الحيازة (بودرى وتيبه فقرة ٣٢٧ ص ٢٥٦) .

(١) أما التصرف المذكور عن الملكية فلا يبيح بحيازة جديدة أصيلة تختلف عن الحيازة السابقة (بودرى وتيبه فقرة ٣٢٨ ص ٢٥٦ هامش ٣) .

(٢) بودرى وتيبه فقرة ٣٢٨ ص ٢٥٦ .

سمى النية ، أى يعرف أنه يتعامل مع غير المالك ، فإن التصرف الصادر إليه على هذا النحو يغير هر أيضا من صفة حيازته فتتطلب هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة (١) . وفى جميع الأحوال يجب أن يتصرف الحائز على مقتضى سنده الجديد الناقل للملكية ، فى المثل الذى قدمناه يجب أن يمتنع المستأجر بعد أن تلقى التصرف من دفع الأجرة للمؤجر . فيستطيع عندئذ أن يملك العين ، إما بالتقادم القصير إذا كان حسن النية إذ أن لديه السبب الصحيح ، أو بالتقادم الطويل إذا لم يكن حسن النية . وكذلك يستطيع فى الحالتين أن يحمى حيازته الجديدة بجميع دعاوى الحيازة ، ولو ضد المؤجر . أما إذا استمر بدفع الأجرة للمؤجر ، فإن حيازته تكون حيازة غامضة (équivoque) ، لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم ولا لأن تحمى بدعاوى الحيازة (٢) .

ويمكن أن يصدر التصرف الناقل للملكية للحائز العرضى من نفس الشخص الذى يحوز الحائز العرضى العين باسمه ، فتتحول الحيازة العرضية بذلك إلى حيازة أصيلة . وذلك بأن يصدر التصرف الناقل للملكية من المؤجر نفسه وهو المالك الحقيقى ، فيشتري المستأجر منه العين المؤجرة ويحوزها منذ شرائها كمالك لحساب نفسه . بل قد يكون المؤجر غير مالك للعين المؤجرة ، ويتلقى منه المستأجر عقد البيع فتتحول به حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستطيع المستأجر فى هذه الحالة أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد المالك الحقيقى ،

(١) أنظر فى هذا المسمى بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٩ - فقرة ٣٣٠ - ولكن كثيراً من الفقهاء فى فرنسا وفى مصر يخالفون هذا رأى ويذهبون إلى وجوب أن يكون الحائز العرضى حسن النية وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٦ وص ١٨٠ هامش ١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١٠ فقرة ٢٢٢٨ - بيدان ٤ فقرة ٦٦٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٩ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٩٠ - إسماعيل غانم ص ١٠٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٤٤) . ولكنهم لا يجدون فى رأيهم هذا سندا من نصوص القانون التى لا تشترط حسن النية . وقد رأينا مثل هذا الخلاف فى حالة ما إذا تلقى خلف خاص حيازة الشئ من حائز عرضى ، وقررنا هناك كما نقرر هنا أنه يستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سيئ النية (أنظر آنفاً فقرة ٢٧١) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٢٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

كما يستطيع أن يحتج بجميع دعاوى الحيازة ضد المالك الحقيقي. وضد المؤجر (١).

(والأمر الثاني) فعل يصدر من الحائز العرضي يعارض به حق المالك : ولا يكفي في ذلك مجرد إنكار الحائز العرضي لحق المالك وإعلانه ذلك على ملاء من الناس ، بل لا يكفي تصرفه في العين تتصرف الملاك فيهدمها مثلاً أو يقيم عليها بناء أو يبيعها ، فإن هذا يعد تعسفاً منه في استعمال حيازته العرضية وليس من شأن هذا التعسف أن يغير صفة الحيازة ويحولها إلى حيازة أصيلة (٢) . بل يجب أن يعارض الحائز العرضي حق المالك فيقوم بينهما مباشرة نزاع على ملكية العين ، يدعيها الحائز لنفسه وينكر المالك عليه ذلك (٣) .

وقد يكون هذا النزاع نزاعاً قضائياً ، فيطالب المالك أمام القضاء الحائز العرضي برد العين إليه ، ويدعي الحائز ملكيتها . ولكن ليس من الضروري أن يكون النزاع قضائياً ، فيكفي أن يعلن الحائز المالك بادعائه ملكية العين بانذار رسمي أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو باخطار شفوي على أن يكون عليه عليه هو عبء إثبات الإخطار . ففي هذه الحالة يكون الحائز قد عارض حق

(١) انظر في هذا المعنى بودري وتيسيه فقرة ٢٢١ - نقض فرنسي ٢ مارس سنة ١٨٧٠ سيرة ٧١ - ١ - ١٦١ .

(٢) وقد قضى بأن هدم المباني وإقامتها من جديد من جانب واضح اليد بطريق النيابة عن غيره لا يعتبر بذاته تغييراً لسبب وضع يد الحائز المذكور ومجابهة للمالك بالسبب الجديد ، ولا يترتب على وضع اليد كسب الحائز بتلك الصفة ملكية العقار بالتقادم مهما طال الزمن (نقض مدني ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١٥ ص ٨٧١) . وقضى أيضاً بأن وضع يد الواقف المستحق في الوقف والنظر عليه حتى وفاته وضع يد وقتي ، وكذلك يكون وضع يد أولاده من بعده مشوباً بالوقتية ولو كان بنية التملك ، ومن ثم فإن رهن اواقف أو أحد أولاده عين الوقف رهناً تأمينياً لا يتم به تغيير صفة الحيازة ، إذ هو لا يتضمن مجابهة حق جهة الوقف بعمل إيجابي ظاهر (نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاملاً جزء أول ص ٥٠ رقم ٣٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٣٠ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣١ - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٧ ص ٤٤٤ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٣٣٤ - بلانيول وريير ويكر ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨٠ .

المالك وأعلنه بهذه المعارضة ، وذكر له أنه يضع يده على العين كمن لا كحاشي عرضي . فمن وقت علم المالك بمعارضة الحائز لحقه ، تنتسب حيازة الحائز العرضية إلى حيازة أصيلة ، تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها ، وتصلح لكسب ملكية العين بالتقادم إذا توافرت الشروط واكتملت المدة . وقد لا يعلن الحائز العرضي المالك بمعارضته لحقه ، ولكن المالك يطالبه برد العين فيمتنع الحائز عن ردها مدعياً أنه هو الذي يملكها ، فيكون في هذه الحالة قد صدر فعل من الحائز يعارض به حق المالك وعلم المالك بهذه المعارضة . فتقلب الحيازة العرضية إلى - يانة أصيلة تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وتؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم (١) . ونرى من ذلك أن هذا الأمر الثاني انتهى بتغير به صفة الحيازة العرضية وتحويل إلى حيازة أصيلة تختلف عن الأمر الأول في أن الحائز العرضي في الأمر الثاني لا يحصل على سند جديد لحيازته بل يكون حائزاً دون سند ، أما في الأمر الأول فقد رأينا أنه يحصل على سند جديد لحيازته يصدر إليه من الغير (٢) .

وسواء تغيرت صفة الحيازة العرضية بالأمر الأول أو بالأمر الثاني ، فإن تقدير الوقائع والسندات التي تتغير بها صفة الحيازة يترك إلى قاضي الموضوع (٣) ، ولكن تحت رقابة محكمة النقض ل ترى ما إذا كانت هناك أسباب سائفة دعت

(١) وقد قضى بأنه إذا حصل تكليف رسمي برد العين المودعة ورفض المودع عنده ردها ، فإن هذا الأخير يكون بذلك قد أنكر ملكية المودع وتظاهر بملكيتها للعين المودعة لنفسه ، وغير بذلك سبب وضع يده عليها ووضع يده بنية التملك حلاً بلاشائية ، فلذلك يملكها بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ التكليف بالحضور (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . وقضى كذلك بوجوب أن يجابه ذواليد الوقتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة ، وبصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة في أنه مزعج إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٧) - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٢ ص ٦١٦ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٣ ص ٢٤٤ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ١٦٧ ص ١٨٠ - مازو فقرة ١٤٣٠ - حسن كيرة ص ٩٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨١ .

(٣) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٣٩ - بلانيول

ريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨١ .

محكمة الموضوع إلى تقدير هذه الوقائع والسندات على وجه معين (١) وإثبات الوقائع والسندات التي تتغير بها صفة الحيازة تسرى فيه القواعد العامة، فيجوز إثبات الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات، أما التصرفات القانونية فلا يجوز إثباتها بالبينّة أو القرائن إلا فيما لا يزيد على عشرة جنّيات. ويجب أن يتمسك الخصم رد المصلحة بأن صفة الحيازة قد تغيرت، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بتغير صفة الحيازة من تلقاء نفسه (٢).

§ - ٢ عيوب الحيازة

(Vices de la possession)

٢٧٣ - نص قانوني: تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ مدني على ما يأتي

« وإذا اقترنت (الحيازة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب » (٢).

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص.

(١) بودري وتيسيه فقرة ٣٢٧ ص ٢٦٢ - نقض فرنسي ٢٩ يناير سنة ١٨٦٢

دالوز ٦٢ - ١ - ٢٤٤ - أنظر مع ذلك جيوارا فقرة ٤٨٢ - هيك ١٤ فقرة ٣٧٨ . هذا وقد كان ينبغي أن تتغير حيازة الوارث للعائز العرضي فتتقلب إلى حيازة أصيلة إذا اعتقد الوارث بحسن نية أن حيازة مورثه حيازة أصيلة، لنفس الاعتبار التي سيأتي ذكرها فيما يتعلق بزوال عيب الإكراه بمجرد انقطاع الإكراه: أنظر في تفصيل ذلك مايل فقرة ٢٨٤ .

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢/١٣٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى: « وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال منقطعة. أما إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب ». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٢/١٠٢٤ في المشروع النهائي بعد أن حذفت عبارة « وكذلك تقوم الحيازة على أعمال منقطعة » دون أن تذكر سبباً لهذا الحذف، وقد أصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التشريع المدني الجديد. ووافقت عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١٠٢١: ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٤٥١).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٩٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٢/٩٥٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٦ وم ٢/١١٤٥ (العبارة الأخيرة) - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ - ١/٢٥٨ (١) .

هذا وقد أغفل النص ذكر عيب عدم الاستمرار إذا قامت الحيازة على أعمال متقطعة ، وكان هذا العيب مذكوراً في المشروع التمهيدى للنص (٢) ، وحذف دون سبب ظاهر في لجنة المراجعة . والصحيح أن الحيازة يجب ، حتى تكون حيازة صحيحة تنتج آثارها القانونية ، وبخاصة حتى تحمى بدعاوى الحيازة وحتى تكسب الملكية بالتقادم أو بدون تقادم ، أن تكون مستمرة ظاهرة هادئة واضحة ، أى أن تكون خالية من عيوب الحيازة . فعيوب الحيازة هي إذن عدم الاستمرار (التقطع) ، والخفاء (عدم العلانية) ، والإكراه (عدم الهدوء) ، والغموض (اللبس) (٣) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٩٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٩٥٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٦ (مطابق) .

م ٢/١١٤٥ (العبارة الأخيرة) : وكذلك لا تقوم (الحيازة) على أعمال متقطعة .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ : يكتب حق التقيد في السجل العقاري ، فيما يتعلق بالمقارنات والحقوق غير المقيدة في السجل العقاري ، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة ...

م ١/٢٥٨ : يعتبر وضع اليد مستمراً منذ اللحظة التي يظهر فيها باستعمال الحق الموجود في اليد بصورة اعتيادية منتظمة ، ويمكن لمن يدعى بمرور الزمن أن يستند إلى يد الشخص الذي اتصل به المقارن إليه . (والقانون اللبناني يتفق مع التقنين المصري ، إلا أن القانون الأول لا يصرح بعيب الغموض ، ويذكر عيب التقطع إذ يشترط في الحيازة الاستمرار) .

(٢) انظر ص ٨٤٠ هامش ٢ .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا العدد : ويجب أن تتوافر في الحيازة شروط معينة ، هي الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح . فالحيازة المتقطعة ، والحيازة بإكراه ، والحيازة الخفية ، والحيازة النامضة (كحيازة الوارث) كل هذا لا يعتبر حيازة صحيحة (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٤٥١) .

ويجب التمييز بين عناصر الحيازة وعيوب الحيازة . فالحيازة لا توجد إلا إذا توافر عناصرها ، على الوجه الذى سبق بيانه تفصيلا . فإذا توافر عناصرها ووجدت ، فانه يجب أيضا أن تكون خالية من العيوب حتى تنتج آثارها ، وبخاصة حتى تحمى بدعاوى الحيازة وحتى تكون سببا للملك (١) والعناصر والعيوب بالنسبة إلى الحيازة تناظر العناصر والعيوب بالنسبة إلى الإرادة . فالإرادة لا توجد إلا إذا توافرت عناصرها ، ولا تكون صحيحة بعد وجودها إلا إذا كانت خالية من العيوب . ولكن الحيازة ، بخلاف الإرادة ، لا تنتج أى أثر من آثارها القانونية المعروفة إلا إذا كانت موجودة وكانت خالية من العيوب . أما الإرادة فإذا توافرت عناصرها وكانت مشربة بعيب ، فانها تكون إرادة موجودة تنتج آثارا ، ولكنها تكون إرادة غير صحيحة لا تنتج إلا آثارا محدودة .

ونستعرض فيما يلى عيوب الحيازة وهى ، كما قدمنا ، عدم الاستمرار أو التقطع (discontinuité) ، والخفاء أو عدم العلانية (clandestinité) والإكراه أو عدم الهدوء (violence) ، والغموض أو اللبس (équivoque)

العيب الأول - عدم الاستمرار أو التقطع :

٢٧٤ - معنى عدم استمرار الحيازة أو تقطعها : إذا قامت الحيازة على أعمال متقطعة تكون مشوبة بعيب عدم الاستمرار أو التقطع ، ومن ثم لا تنتج آثارها القانونية . وحتى تسلم الحيازة من هذا العيب وتكون مستمرة غير متقطعة ، يجب أن تتوالى أعمال السيطرة المادية على الشيء فى فترات متقاربة منتظمة . فيستعمل الحائز الشيء من وقت إلى آخر كلما تقوم الحاجة إلى استعماله ، كما يستعمل المالك ملكه فى العادة . فإذا مضى بين العمل والآخر فترة طويلة من الزمن لا يستعمل فيها الحائز الشيء ، وكانت هذه الفترة من الطول بحيث لا يدعها المالك الحريص على الانتفاع بملكه انتفاعا كاملا تمضى دون أن يستعمل ملكه ، فان الحيازة تكون فى هذه الحالة غير مستمرة أو

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٥٣ .

منقطعة ، فلا تصاح أساساً لدعوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم^(١) . والواجب ألا ينقطع الحائز عن استعمال الشيء إلا المدة التي ينتفع فيها المالك عادة عن استعمال ملكه ، فالحائز الذي يحوز حق الملكية إنما يتصرف في الشيء كمالك ، فيجب أن يظهر مظهر المالك في استعماله لهذا الشيء . أما إذا كان يحوز حقاً آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق المستأجر ، فالواجب ألا ينقطع عن استعمال الحق الذي يحوزه كما لو كان فعلاً صاحب هذا الحق .

وليس من الضروري : بطبيعة الحال ، أن يستعمل الحائز الحق في كل وقت بغير انقطاع حتى تكون الحيازة مستمرة ، فإن هذا أمر غير عملي ويكاد يكون مستحيلاً ، بل يكفي كما قدمنا أن يستعمل الحائز الحق على فترات متقاربة منتظمة كما يفعل صاحب الحق نفسه^(٢) .

٢٧٥ - النظام الاستعمال بخلاف : مفهوم طبيعة الشيء : والبت فيما

إذا كان استعمال الشيء منتظماً ، بحيث تعتبر الحيازة مستمرة ، يتوقف على طبيعة الشيء . فهناك أشياء تقتضى طبيعتها أن تستعمل على فترات متقاربة جداً ، وأخرى تقتضى طبيعتها أن تستعمل في وقت معين ثم تترك بعد ذلك دون استعمال . فإذا حاز شخص حق السكنى مثلاً ، فحتى تكون الحيازة مستمرة يجب أن يسكن المنزل ، وألا ينقطع عن سكناه إلا عند سفر أو لقضاء بعض الوقت في مصيف أو مشى أو نحو ذلك . وإذا حاز شخص حق ارتفاق بالمرور ، وجب ، حتى تكون الحيازة مستمرة في القانون المصري ، أن يمر من الطريق الذي يستعمل فيه هذا الحق في الأوقات المألوف المرور فيها وبالقدر الذي يقتضيه الانتفاع بالعقار المرتفق . وإذا حاز شخص أرضاً زراعية من الأراضي التي تروى بالحياض ، كان عليه ، حتى تكون حيازته مستمرة ، أن

(١) ومن الفقهاء من يذهب إلى أن استمرار الحيازة هو نفس عنصرها المادي ، وفنم قيام الحائز منذ ابتداء الحيازة بأعمال الاستعمال الكافية لتكوين العنصر المادي للحيازة من شأنه ألا يكسبه الحيازة ، فلا تكون بصدد حيازة معينة فحسب ، بل لا تكون ثمة حيازة بالمرّة (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٠٥ ص ٥٣١) . وانظر أيضاً إسماعيل غانم ص ١١٠ - عبد المنعم فرج المدة فقرة ٣٦٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٦ ص ٣٩٥ هامش ١ .

(٢) بلا نيرول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٥٤ .

يزرع الأرض في أثناء الفيضان ، ولا يعتبر انقطاعه عن زراعتها في غير هذا الوقت إخلالا باستمرار حيازته ، لأن طبيعة رى الأرض تقتضى هذا الانقطاع . وإذا حاز شخص مرعى لرعى المواشى ، فإن انتفاعه بالأرض يكون مقصورا على الرعى ، وهذا يقتضى أن يستعمل الأرض في أوقات معينة هي أوقات الرعى ، وأن ينقطع عن استعمالها في غير هذه الأوقات ، ولا يعتبر هذا الانقطاع إخلالا بالاستمرار في حيازته (١) .

ولا يعتبر الكف عن استعمال الشيء بسبب قوة القاهرة ، كفيضان يغمر الأرض أو استيلاء موقت أو احتلال جيش أجنبي ، انقطاعا يخل بالاستمرار في الحيازة (٢) .

٢٧٦ - عدم الانحراء وغير ذلك من عيوب الحيازة من مسائل

الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض : وتقدير ما إذا كانت الحيازة غير مستمرة ، أو ما إذا كان يشوبها عيب آخر من عيوب الحيازة ، يترك لقاضى الموضوع يقضى فيه دون معقب عليه من محكمة النقض . وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا ، فقاضى الموضوع وحده هو الذى يقدر ما إذا كانت الحيازة قد استوفت جميع الشروط الواجبة (٣) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٩ - فقرة ٢٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

١٥٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٧٧ - مارتى وريتر فقرة ١٠٢٣ .

(٢) وقد قضى بأنه إذا حال طغيان المياه دون زراعة أرض وقتاً معيناً من كل سنة ، لم

يمنع ذلك من توافر صفة الاستمرار في وضع اليد متى كان واضح اليد يقوم بزراعتها كلما سمحت له الأحوال بذلك (الزقازيق ٩ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٤٢ ص ٦٣) .

وانظر استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤

ص ٣٥٦ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٠ ص ١٩٣ -

بلانيول - وديبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ - وقارن استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م

٢١ ص ١٦٣ .

(٣) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨ - ١ - ١٥٦ - ١٦ نوفمبر

سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٩ - ١ - ٢٧٦ - ١٨ يونيو سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ - ١ - ١٩٦ - لوران

٣٢ فقرة ٢٧٦ - فقرة ٢٧٧ وفقرة ٢٩٢ وفقرة ٢٤٣ - فقرة ٢٤٤ - بلانيول وريبير

وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ .

وبترتب على ذلك أن قاضي الموضع ليس عليه أن يستقصى عيوب
الحيازة عيباً عيباً ليستبعد كل عيب منها ؛ ونحسبه أن يقرر بوجه عام أن الحيازة
قد توافرت شروطها وأنها لذلك تكون صالحة لكسب الملكية بالتقادم (١) .
على أنه إذا تمسك الخصم بأن الحيازة يشوبها عيب معين ، كان على محكمة
الموضوع إن ثبت فيما إذا كان هذا العيب موجوداً أو غير موجود وأن تبني
قضائها في ذلك على أسباب سائغة . ولحكمة النقض أن تنقض حكمها
لتصور في التسبيب .

٢٧٧ - عيب عدم استمرار الحيازة عيب مطلق - لكل ذي مصلحة

أما يتمسك به - زوال هذا العيب : وإذا تبين أن الحيازة غير مستمرة ، فإن
هذا عيب يشوبها ويجعلها غير صالحة لأن تنتج آثارها كما سبق القول ، فلا
تجوز خواتمها بدعاوى الحيازة ولا تؤدي إلى التملك بالتقادم . وهذا العيب ،
بخلاف عيوب الحيازة الأخرى ، عيب مطلق (vice absolu) ، لكل ذي
مصلحة أن يتمسك به . ذلك بأن الحيازة تكون في ذاتها غير مستمرة بالنسبة
إلى الناس كافة ، فلكل ذي مصلحة أن يتمسك بعدم استمرارها لأنها غير

فيث قاضي الموضوع فيما إذا كانت الحيازة مستمرة (نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة
١٨٦٠ دالوز ٦١ - ١ - ٣٠٣ - ١٩ مارس سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٦ - ١ - ٤٦٨) ،
وفيما إذا كانت هادئة (نقض فرنسي ٤ يولييه سنة ١٨٥٥ باندكت ٥٦ - ٢ - ٦١) ، وفيما
إذا كانت واضحة لا غرض فيها (نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٤٥٩ - ٧
يونيه سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٧٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٥٣٧) .
(١) نقض فرنسي ٢٤ يناير سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠ - ١ - ٤٥٢ - ومع ذلك
فقد قضت محكمة النقض الفرنسي في أحد أحكامها بأن على محكمة النقض أن تراقب ما إذا كانت
الوقائع التي استخلصتها محكمة الموضوع استخلاصاً موضوعياً لا معقّب عليها فيه تؤدي قانوناً
إلى أن تكون الحيازة قد توافرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون ، وبأن البت فيما
إذا كانت هذه الشروط قد استوفيت هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض
فرنسي ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٩٧) . ولكن المحكمة سرعان ما رجعت عن
هذا القضاء ، وعادت إلى قضائها الأول من أن استيفاء الحيازة لشروطها القانونية هو من مسائل
الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسي ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١
١ - ٤٠٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٤٨٣ - ١٧ أكتوبر سنة ١٨٩٩ سيريه
١٩٠٠ - ١ - ١٩٦)

مستمرة بالنسبة إليه كما هي غير مستمرة بالنسبة إلى غيره ، فلا يحتاج بها عليه (١) . أما عيوب الحيازة الأخرى فهي عيوب نسبية (vices relatifs) وسنرى أن الحيازة الخفية لا يكون لها أثر قبل من أخفيت عنه الحيازة وحده ، وأن الحيازة التي يشوبها الإكراه لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه ، وأن الحيازة التي يشوبها اللبس لا يكون لها أثر قبل من التبس عليه أمرها (٢) . ولكن عيب عدم استمرار الحيازة يزول مع ذلك إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة على النحر الذي بسطناه فيما تقدم . فعند ذلك تكون الحيازة خالية من هذا العيب ، وتنتج آثارها ولكن من الوقت الذي يزول فيه العيب وتصبح الحيازة مستمرة .

٢٧٨- التمييز بين عدم استمرار الحيازة أو انقطاعها وبين انقطاع التقادم :

والحيازة غير المستمرة هي الحيازة المتقطعة كما سبق القول ، وقد تشبه الحيازة المتقطعة (possession discontinue) بالتقادم المنقطع (prescription interrompue) . ففي كليهما تنقطع الحيازة ولا يصح ماسبق منها أساسا للتقادم ، حتى إذا عادت الحيازة مستمرة صلحت أن تكون أساسا للتقادم مالم ينقطع التقادم بسبب من أسباب الانقطاع . وسنرى فيما يلي أن التقادم المكتسب ينقطع انقطاعا طبيعيا ، وإذا نغلى الحائر عن الحيازة أوفقدها ولو بفعل الغير . غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائر خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد ، (م ٩٧٥ مدني) . هذا إلى أن التقادم المكتسب ينقطع أيضا لانقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وباقرار الحائر بحق صاحب الحق (م ٣٨٣ - ٣٨٤ مدني) .

ويتبين من ذلك أن أسباب انقطاع التقادم تختلف عن سبب تقطع الحيازة . فالتقادم ينقطع انقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، ومع ذلك تبقى الحيازة مستمرة غير متقطعة . أما إذا أقر الحائر بحق صاحب الحق فإن التقادم ينقطع ، وكذلك الحيازة تنقلب من حيازة أصيلة إلى حيازة عرضية .

(١) كولان وكايتان ودی لامور اندیر ١ فقرة ١١٧٠ .

(٢) أنظر المادة ٩٤٩ مدني آنفا فقرة ٢٧٣ .

فاذا انقطع التقادم انقطاعا طبيعيا بتخلي الحائز عن الحيازة أو بفناء إياها ولو بفعل الغير ، فهنا يشتبه انقطاع التقادم بتقطع الحيازة اشتباها كبيرا . ولكن حتى في هذا الفرض توجد فروق ملحوظة بين انقطاع التقادم وتقطع الحيازة . فانقطاع التقادم في هذا الفرض يقع عادة بفعل الغير بأن ينتزع شخص من الحائز حيازته ولا يسردها الحائز في خلال سنة ، أما تقطع الحيازة فيكون بفعل الحائز نفسه بأن ينقطع عن استعمال الحق إلا في فترات متباعدة غير منتظمة على خلاف المؤلف لاستعمال صاحب الحق حقه . وحتى لو انقطع التقادم بفقد الحائز للحيازة أو بتخليه عنها طوعا ، فان هذا الانقطاع يفترض وجود حيازة سابقة مستمرة غير منقطعة على الوجه الذي سبق بيانه ، وعلى ذلك ينقطع التقادم دون أن تنقطع الحيازة .

وينقطع التقادم دون أن تنقطع حيازة ، لا في الفرض المتقدم فحسب ، بل أيضا عندما ينقطع التقادم انقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما في حكمها وباقرار الحائز بحق صاحب الحق . ففي هذه الأحوال ينقطع التقادم ولا تحسب مدة الحيازة التي سبقت هذا الانقطاع ، ولكن الحيازة تبقى مستمرة غير منقطعة في حالة انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وتبقى أيضا مستمرة غير منقطعة في حالة انقطاع التقادم باقرار الحائز بحق صاحب الحق ولكنها تفقد عنصر القصد فيصبح الحائز حائزا لحساب غيره .

وعلى العكس من ذلك قد تنقطع الحيازة دون أن ينقطع التقادم ، ويتحقق هذا الفرض إذا بقي التقادم مستمرا دون أن ينقطع بسبب من أسباب انقطاعه ، ولكن الحائز مع ذلك يستعمل الحق في فترات متباعدة غير منتظمة مما يجعل الحيازة منقطعة على النحو السالف ذكره . ويلاحظ في هذه الحالة أنه لا تكون هناك ثمة حاجة لقطع التقادم ، لأن الحيازة نفسها تكون منقطعة فلا تصلح أساسا للتقادم (١) .

ويختلف انقطاع التقادم عن تقطع الحيازة من ناحية عبء الإثبات فقيا يتعلق بانقطاع التقادم بكون المفروض أن التقادم لم ينقطع ، وعلى من

يدعى انقطاعه أن يثبت ذلك ، فلا يقع عبء الإثبات على الحائز . أما فيما يتعلق بتقطع الحيازة ، فإن عبء الإثبات يقع على الحائز ، وعليه أن يثبت أن حيازته مستمرة غير متقطعة (١) .

ثم إن عيب تقطع الحيازة عيب مطلق كما قدمنا (٢) ، فلكل ذي مصلحة أن يتمسك به . أما في انقطاع التقادم فيجب التمييز بين ما إذا كان هذا الانقطاع قد وقع بسبب المطالبة القضائية وما في حكمها فيكون الانقطاع غير مطلق ولا ينقطع التقادم إلا لمصلحة من قام بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وبين ما إذا كان الانقطاع قد وقع بسبب التخلي عن الحيازة أو فقدتها فيكون الانقطاع مطلقاً ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به ، أو وقع بسبب إقرار الحائز بحق صاحب الحق ، فتتقلب الحيازة كما قدمنا إلى حيازة عرضية ولكل ذي مصلحة أننا أيضاً أن يتمسك بعرضية الحيازة (٣) .

العيب الثاني - الخفاء أو عدم المبررية :

٢٧٩ - معنى الخفاء أو عدم المبررية : قد تكون الحيازة مستمرة على

الوجه الذي أسلفناه فتخلو من عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الخفاء أو عدم العلانية . فالحيازة يجب أن تكون علنية غير خفية ، يباشرها الحائز على مشهد من الناس ، أو في القليل على مشهد من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله الحائز . فإذا أخفاها الحائز عن المالك أو صاحب الحق ، بحيث لا يشعر هذا بأن حقه في حيازة غيره ، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية ، ومن ثم لا تكون صالحة لأن تحمي بدعاوى الحيازة ولأن تؤدي إلى التملك بالتقادم . هذا إلى أن من يجوز حقاً يجب أن يستعمله كما لو كان هو صاحب الحق ، وصاحب الحق لا يستعمله خفية بل يستعمله علناً (٤) .

(١) أنظر في ذلك بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٤٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٧ .

(٣) أنظر في هذا المعنى كوليه دي سانتير فقرة ٣٣٩ مكررة (٥) - بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٩ - ويلاحظ أن عيب عدم استمرار الحيازة يتصل بعيب الخفاء ، كما يتصل بأعمال التسامح - فالحيازة التي تعتبر غير مستمرة كثيراً ما تكون في الوقت ذاته حيازة خفية ، وتكون كذلك عملاً من أعمال التسامح (بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٠) .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ .

وإخفاء حيازة المنقول سهل ميسور . وما على الحائز إلا أن يخفي المنقول في حرز فيبعده عن أعين الناس . كما إذا أخفى الحائز المجوهرات التي يحوزها أو الأوراق المالية أو الأمتعة أو الأثاث أو الصحف الفنية أو غير ذلك من المنقولات التي يمكن إخفاؤها . أما إخفاء حيازة العقار فأمر ليس باليسير ، إذ يصعب أن يخفي الحائز حيازته لمنزل وهو يسكنه (١) أو يوجره ، أو يخفي حيازته لأرض زراعية وهو يقوم بزراعتها أو بانجارها (٢) . ومع ذلك يمكن أن نتصور شخصاً يوسع من كهف في أسفل منزله عن طريق سرداب خفوه تحت أرض جاره ، دون أن يشعر الجار بذلك . ودون أن يترك صاحب الكهف علامة ظاهرة تتم عن السرداب الذي خفوه تحت أرض الجار . ففي هذه الحالة تكون حيازة صاحب الكهف للسرداب حيازة خفية . لا يحتاج بها على الجار لا عن طريق رفع دعاوى الحيازة ولا عن طريق التملك بالتقادم (٣) . كذلك قد يعتبر ، في رأى ، أن جور الجار على شريط صغير من أرض جاره على حدود ملكه ، وإدخال هذا الشريط في أرضه يزرعه أو يمد إليه بناءه . دون أن يشعر الجار بذلك ودون أن تكون هناك علامة ظاهرة تتم عن مجاوزة الحائز لحدود ملكه . حيازة خفية لا تصلح أساساً لدعاوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم (٤) . وإذا سلمنا بهذا الرأى ، فإن إخفاء الحيازة لا يؤثر فيها حسن

(١) ومع هذا قد يقع ذلك نادراً ، فقد قضت محكمة النقض بأن تحقق صفة الظهور في وضع اليد أو عدم تحققها هو ما يدخل في تحصيل فهم الواقع في الدعوى ، فإذا كان الحكم قد أقيم على أسباب مبررة لقضائه فلا سبيل عليه لمحكمة النقض . وإذا كانت المحكمة قد استخلصت من كون المدعى قد قدم إلى المجلس المحلي طلبة إدخال الكهرباء والماء في المنزل محل الدعوى مصرحاً في كلا الطلبين بأن المالك هو شخص آخر غير ، وأن نية تملك المنزل لم تكن إلا أن وقع هذين الطلبين إلا نية مستترة ، ورتبت على ذلك أن وضع يده لم يكن ظاهراً على النحو المطلوب قانوناً ، فحكمت بذلك لاسم قب عليه (نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكاتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٥ رقم ٢) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ .

(٣) أنظر في هذا الصدد بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٣ ص ٢٠٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبولابونجييه ١ فقرة ٢٧٨٢ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٧٢ .

(٤) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ ص ١٧٣ هامش ٢ - محكمة السين ١٠ فبراير سنة ١٨٢٠ - باريس ٢٨ فبراير سنة ١٨٢١ و ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٢٥ S. chr. وانظر . عكس ذلك وأن الحيازة في هذه الحالة تكون حيازة ظهيرة إذ أن أعمال الحيازة أعمال غنية غير خفية : ترولون فقرة ٣٥٢ - لوران فقرة ٢٨٨ - ميت ١٤ فقرة ٣٥٢ - جيوار فقرة ٤٦١ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٣ .

نية الحائز أو سوء نيته ، فهي تبقى حيازة خفية حتى لو كان الحائز قد جار على هذا الشريط من أرض جواره بحسن نية وهو يعتقد أنه لم يتجاوز حدود ملكه^(١) . وليس من الضروري . حتى تكون الحيازة علنية غير خفية . أن يعلم بها المالك على سبيل اليقين . بل يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك أن يعلم بها . فامكان العلم . وليس العلم ذاته . هو الذى يجعل الحيازة علنية خالية من عيب الخفاء^(٢) .

٢٨٠ - عيب الخفاء أو عدم العلانية عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل

من أخفيت عنه الحيازة : وعيب الخفاء أو عدم العلانية ، بخلاف عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، عيب نسبي (vicc relatif) . وفى هذا تقول المادة ٢/٩٤٩ مدنى ، كما رأينا^(٣) . إنه إذا حصلت الحيازة خفية « فلا يكون لها أثر قبل من . . . أخفيت عنه الحيازة » . فالذى يحتاج بخفاء الحيازة هو من أخفيت عنه وحده دون غيره ممن تكون الحيازة ظاهرة أمام عينيه . فليس من الضروري إذن أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس حتى تكون مشوبة بعيب الخفاء . بل يكفي أن تكون خافية على صاحب الحق الذى يحوزه الحائز حتى يستطيع هذا أن يتمسك بأنها حيازة معيبة . ولو كانت ظاهرة أمام غيره من الناس وبعبارة أخرى بضح أن تكون الحيازة ظاهرة أمام الناس ولكنها خافية على صاحب الحق ، فيجوز لهذا الأخير أن يتمسك بحقوقها^(٤) . وعلى العكس من ذلك إذا كانت الحيازة ظاهرة أمام صاحب الحق ، ولكنها خافية على سائر الناس ، لم يجوز لصاحب الحق أن يتمسك بخفاء الحيازة بدعوى أنها خافية عن الناس ما دامت ظاهرة له هو^(٥) .

وهناك رأى يذهب إلى أن عيب الخفاء عيب مطلق ، فلا يعتد بالحيازة إلا إذا كانت ظاهرة أمام جميع الناس . فاذا خفيت على بعض الناس دون

(١) جوار فقرة ٤٥٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٦١ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٠ ص ٢٠٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٤) قلوا أن مستأجر العين قد غير صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية عن طريق فعل الغير ، بأن استصدر لنفسه عقد بيع للعين من الغير ، ولكنه بقى بدفع الأجرة للمؤجر ، فإن الحيازة وإن انقلبت إلى حيازة أصلية تكون حيازة خفية بالنسبة إلى المؤجر ، فلا يحتاج بها عليه (كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٧٢) .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول

وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٧٨٣ - مارك ورينو فقرة ٢١ ص ٢٨ .

بعض ، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء . حتى لو كانت ظاهرة لصاحب الحق نفسه . فالخائن لحق يجب أن يستعمله كما يستعمله صاحب الحق نفسه . وصاحب الحق يستعمل حقه علناً أمام جميع الناس . وإذا تمكن في دعوى الحيازة التسهل في شرط الخفاء وعدم اشتراط أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس والاكتفاء بأن تكون خافية على صاحب الحق وحده . ففى التملك بالتقادم لا يجوز هذا التسهل بل يجب اشتراط أن يكون الحيازة خافية على جميع الناس ، إذ أن من يريد أن يملك حقاً بالتقادم يجب أن يظهر أمام جميع الناس على أنه هو صاحب الحق (١) . ولكن هذا الرأى لم يسد . والذي ساد هو الرأى الأول (٢) . وقد أخذ التقنين المدني المصرى صراحة بهذا الرأى الأول السائد كما سبق القول (٣) .

٢٨١ - زوال عيب الخفاء بظهور الحيازة : وكما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة . كذلك يزول عيب الخفاء إذا ظهرت الحيازة واستطاع أن يعلم بها صاحب الحق . فإذا ما زال عيب الخفاء على هذا النحو ، أصبحت الحيازة صالحة لأن تنتج آثارها ، وبخاصة أصبح من الجائز أن تحمى بدعوى الحيازة وأن تروى إلى التملك بالتقادم ، ولكن من الوقت الذى يزول فيه عيب الخفاء . وتنفى المادة ٢/٩٤٩ مدنى صراحة فى هذا الخصوص بأنه إذا اقترنت الحيازة باكره أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو انتبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب « (٤) » .

وعلى ذلك إذا بدأت الحيازة خفية وبقيت كذلك مدة معينة . ثم ظهرت بعد ذلك . فلا يعتد بالمدة التى كانت خفية فى أثناءها . ولا تكون الحيازة خالية من عيب الخفاء إلا من وقت أن ظهرت . فمن ذلك الوقت فقط يعتد بالحيازة . وتصبح صالحة لأن تنتج آثارها (٥) .

(١) أنظر من هذا الرأى نوران فقرة ٢٨٩ - كونه دى سافير فقرة ٣٣٩ مكرية (٧) .

(٢) ديرانتون فقرة ٢١٥ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٨ - حوار فقرة ٤٦٠ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٨ - بلانيول ورييس ويكر ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول ورييس ويكر ٢٧٨٣ - مارتى ورييس فقرة ٢١ ص ٢٨ .

(٣) أنظر ٢/٩٤٩ مدنى آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٢ - بلانيول ورييس ويكر ٣ فقرة ١٥٦ .

أما إذا بدأت الحيازة ظاهرة ثم خفيت بعد ذلك ، فلا يعتد بها إلا في الوقت الذي كانت فيه ظاهرة ، ومنذ الوقت الذي أصبحت فيه خفية لا تنتج آثارها . فإذا كانت مدة التقادم لم تكتمل في نهاية الوقت الذي ظلت فيه الحيازة ظاهرة ، فإن خفاءها بعد ذلك يقطع التقادم إذ تصبح الحيازة معيبة ، وشرط التقادم أن تكتمل مدته والحيازة قائمة خالية من العيوب

العيب الثالث — الإكراه أو الهدوء

٢٨٢ - معنى الإكراه أو عزم الهدوء : قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم فتخلو من عيب عدم الاستمرار والخفاء ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الإكراه أو عدم الهدوء . وتكون الحيازة مشوبة بعيب الإكراه أو عدم الهدوء إذا حصل عليها صاحبها بالقوة أو بالتهديد^(١) ، وبقي محتفظاً بها دون أن تنقطع القوة أو التهديد الذي حصل عليها به . فإدام الحائز قد حصل على الحيازة على هذا الوجه ، فإن حيازته تكون مشوبة بعيب الإكراه . مادامت القوة أو التهديد باقياً لم ينقطع^(٢) . ويستوى في ذلك أن تكون القوة أو التهديد قد استعمل ضد المالك الحقيقي لانتزاع ملكه منه أو استعمل ضد حائز سابق غير مالك لانتزاع حيازته ، كما يستوى أن يكون من استعمل القوة أو التهديد هو الحائز نفسه أو أعوانه يعملون باسمه^(٣) . ويستوى أخيراً أن تكون الحيازة قد انتزعت عنوة بالقوة أو التهديد ، أو أن يكون الحائز السابق قد أذعن للقوة أو التهديد فسلم العين مكرهاً^(٤) .

ومخلص من ذلك أن الإكراه يجب أن يكون قد استعمل ابتداء للحصول على الحيازة^(٥) ، وأن يكون قد بقي مستعملاً لاستبقائها دون أن ينقطع . وقد

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ ص ١٩٩ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ هامش ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٨-٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٥-١٨ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٣ - وقد قضى بأنه إذا استخلصت المحكمة استخلاصاً سائناً من التحقيق ومن انتقالها لموقع النزاع ومن أقوال الخصم نفسه أنه لم يضع يده على العين المنتزعة عليها إلا حديثاً ، وأن وضع يده لم يكن هادئاً ، فذلك من التقديرات الموضوعية التي لا معقب عليها لمحكمة النقض (نقض مدني ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٧ ص ٣٥٠) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ ص ١٩٩ .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ .

(٥) فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً . فالتمدى على حيازته بعد ذلك ودفع الحائز هذا التمدى عن حيازته ليس من شأنها أن يجعل الحيازة مشوبة بالإكراه . وقد قضت محكمة النقض بأن الحيازة تعتبر غير هادئة إذا بدأت بالإكراه ، أما إذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً ، فإن-

كان هذا هو حكم القانون الروماني ، وبه يقول فريق من رجال الفقه في فرنسا (١) . وعلى ذلك إذا انقطع الإكراه وبقي الحائز بعد انقطاعه مستمرا في حيازته ، فإن الحيازة تصبح هادئة خالية من عيب الإكراه ، ومن ثم تصبح صالحة لإنتاج آثارها ، حتى لو اضطرت الحائز بعد ذلك وقد رأى حيازته عادت مهددة أن يدفع القوة بالقوة ، ما دامت الحيازة لم تنتزع منه فينقطع بانتزاعها التقادم . وهذا هو الرأي الذي أخذت به ضمنا محكمة النقض في مصر ، عند ما قضت بأن التعدي الذي يقع في أثناء حيازة بدأت هادئة . ويمنعه الحائز ، لا يشوب الحيازة التي تظل هادئة بالرغم من ذلك (٢) .

ولكن القضاء الفرنسي وفريقا آخر من رجال الفقه في فرنسا يذهبون إلى أنه لا يكفي أن ينقطع الإكراه الذي حصل به الحائز على الحيازة ابتداء ، حتى تكون الحيازة خالية من عيب الإكراه . بل يجب فوق ذلك أن تستمر الحيازة هادئة (paisible) طوال المدة التي تبقى فيها ، فإذا كانت مهددة يعكر صفاءها أن يكون صاحبها مضطرا في أي وقت للدفاع عنها بالقوة ، فإنها تكون حيازة غير هادئة بشوبها عيب الإكراه ، ولا تصلح لأن تنتج آثارها القانونية . كذلك تكون الحيازة غير هادئة بشوبها عيب الإكراه ، حتى لو حصل عليها صاحبها ابتداء بغير القوة أو التهديد ، ولكنه بعد ذلك أصبح مهددا في حيازته بحيث يعكر صفاء هذه الحيازة احتمال انتزاعها منه عنوة واضطراره في أي وقت لأن يواجه هذا الاحتمال ولأن يدفع القوة بالقوة (٣) .

التمدى الذي يقع في أثناء الحيازة ويمنع الحائز لا يشوب تلك الحيازة التي تظل هادئة رغم ذلك . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعاً أو تمكيراً متواصلاً للحيازة دون أن يبين متى بدأ هذا التمكير ، وهل كان مقارناً لبداية الحيازة أو تألياً لبدايتها ، وأثره في استمرار الحيازة ، فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقضه (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٧ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص ٧٧٣) .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٢٣ - بودري ونيسيه فقرة ٢٥١ وفقرة ٢٥٤ ص ٢٠١ - ص ٢٠٢ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧١ - ص ١٧٢ .
(٢) نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه .

(٣) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٨٤٨ سيرة ٤٩ - ١ - ٤٤٩ - ١٠ مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٤١٢ - ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ١٥٩ - ترولون فقرة ٣٥٠ ص ٤١١ و ص ٤١٨ - ماركاديه المادة ٢٢٢٩ فقرة ٤ - لوران فقرة ٢٨٠ - بفتوار ص ٢٠٨ - جيوار فقرة ٤٥٣

ولكن أصحاب هذا الرأي يقتربون كثيراً من الرأي الأول بادخال تحفظين على رأيهم : (١) فعندهم أنه لا يعكّر من صفو الحياة ولا يجعلها مشوبة بعيب الإكراه أن يضطر الدائن ، في أثناء حيازته ، إلى الإكراه السلبي (violence passive) ، فيتحمل العنف الصادر من الغير ويستبقى الحياة مع ذلك دون أن يدفع هذا العنف بالقوة . وحجتهم في ذلك أنه لا يجوز التسليم بأن عملاً يصدر من الغير لا يتحمل الحائز تبعته ، ويكون من شأن هذا العمل أن يجعل الحياة معيبة . (٢) وحتى لو اضطر الحائز إلى الإكراه الإيجابي (violence active) ودفع عن حيازته القوة بالقوة ، فإن أعمال الإكراه الصادرة من الغير لا يكون من شأنها أن تعيب الحياة إذا كانت أعمالاً قد ارتكبت من بعيد (de loin en loin) . فهذان التحفظان يؤديان إلى القول بأن أعمال العنف الواقعة على الحياة بعد استقرارها ، سواء قومت مقاومة سلبية أو قومت مقاومة إيجابية ، لا يكون من شأنها أن تشوب الحياة بعيب الإكراه ، فالإكراه إذن لا يعتد به إلا إذا كان الحائز نفسه هو الذى ارتكبه للحصول على الحياة ابتداءً (١) .

٢٨٣ - عيب الإكراه أو عدم الهرم وعيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الإكراه : وعيب الإكراه أو عدم الهدوء ، كعيب الخفاء أو عدم العلانية ، وبخلاف عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، عيب نسبي (vice relatif) ، ونقول ذلك صراحة المادة ١٤٩/٢ مدني فيما رأينا (٢) . فاذا انتزع شخص من آخر حيازة عين بالإكراه ، كانت حيازة

(١) بلانيول وزيبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ - بلانيول وزيبير وبولانجي ١ فقرة ٢٧٧٨ - مارق ورينو فقرة ٢٢ - ومهما يكن من أمر ، فإن مجرد المنازعة القضائية لا ينشئ قانوناً صفة الهدوء عن الحياة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اعتبر الحكم أن صفة الهدوء الواجب توافرها لكسب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحياة لمجرد أن منازع الحائز رفع عليه الدعوى باسترداد حيازة العين ثم رفع الدعوى باستحقاقها ، فإنه يكون قد أعطى في تطبيق القانون (نقض مدني ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٤) . ومن باب أولى مجرد توجيه إنذار إلى الحائز من منازعه لا ينشئ قانوناً صفة الهدوء عن الحياة (نقض مدني ١٧ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص ٧٧٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ : إذا اقترنت (الحياة) بإكراه . . . فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه . . . (م ١٤٩-٢ مدني) .

متزع الحيازة مشربة بعيب الإكراه بالنسبة إلى الشخص الآخر الذى انتزعت منه الحيازة وحده . وبالنسبة إلى هذا الشخص الآخر وحده . لا يستطيع متزع الحيازة أن يحتج بحيازته للملك بالتقدم إلا إذا انقطع الإكراه ومن وقت انقطاعه . وكذلك لا يستطيع أن يلجأ إلى دعاوى الحيازة إلا إذا انقطع الإكراه كذلك . وحتى لو انقطع الإكراه فإن من انتزعت منه الحيازة يستطيع أن يستردها فى خلال السنة التالية لانتزاعها منه طبقاً لقواعد دعوى استرداد الحيازة التى سيأتى بيانها .

فإذا كان الشخص الذى انتزعت منه الحيازة ليس هو المالك ، لم يجوز للمالك أن يحتج على متزع الحيازة بعيب الإكراه ، لأن المالك ليس هو الذى وقع عليه الإكراه ، وعيب الإكراه كما قدمنا عيب نسبي لا يحتج به إلا من وقع عليه الإكراه . وعلى ذلك يجوز لمتزع الحيازة فى هذه الحالة أن يحتج بحيازته على المالك باعتبارها خالية من عيب الإكراه ، فيحمى هذه الحيازة منه بدعاوى الحيازة كما يستطيع أن يتملك ضده بالتقدم (١) .

٢٨٤- زوال عيب الإكراه بانقطاع الإكراه : وكما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هى تحولت إلى حيازة مستمرة ، ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، كذلك يزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٤٩/٢ مدنى ، إذ تقضى كما رأينا (٢) بأنه إذا اقترنت الحيازة بالإكراه لم يكن لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه إلا من الوقت الذى يزول فيه هذا العيب . وزوال العيب هنا يكون بانقطاع الإكراه .

(١) نقض فرنسى ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ١٥٩ - ماركاديه المادة ٢٢٣٤ فقرة ٤ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٠ - جيوار فقرة ٤٥٦ - بفنوار ص ٤٠٩ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ - ص ١٣٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ - ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٠ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٧١ ص ٩٥٣ .

وهناك رأى يذهب إلى أن عيب الإكراه عيب مطلق يجوز لكل ذى مصلحة أن يحتج به ، ولا يقتصر جواز الاحتجاج به على من وقع عليه الإكراه وحده . والقاتلون بهذا الرأى (لوران فقرة ٢٨٥ - كوليه دى سانتير ٨ فقرة ٣٣٩ مكررة ٦) هم القاتلون بأن عيب الخفاء عيب مطلق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٢٨٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ - وأنظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٢ .

فاذا انتزع شخص حيازة عين بالإكراه ، كانت حيازته مشوبة بعيب الإكراه مادام الإكراه قائما وما دام الحائز مستبقيا العين في حيازته بالإكراه . فاذا ما انقطع الإكراه ، واستقرت الحيازة لمتزعاها ، فان عيب الإكراه يزول . فيجوز لمتزع الحيازة بعد زوال الإكراه أن يحمي حيازته بدعوى الحيازة وأن يملك بالتقدم ، بالنسبة إلى الشخص الذي انتزع منه الحيازة وبالنسبة إلى أى شخص آخر ولو كان هو المالك الحقيقي للعين (١) .

ويلاحظ مع ذلك أن الشخص الذي انتزعت منه الحيازة بالإكراه له أن يستردها في خلال سنة من وقت إنتزاعها منه بدعوة استرداد الحيازة (٢) ، وفقا للقواعد المقررة في هذه الدعوى والتي سيأتى بيانها .

العيب الرابع - الغموض أو اللبس :

٢٨٥ - معنى الغموض أو اللبس : قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة

وهادئة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فتخلو من عيوب عدم الاستمرار والخفاء والإكراه ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الغموض أو اللبس . وتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس إذا هي اشبه أمرها فيما يتعلق بعنصر القصد ، أحد عنصرى الحيازة المتقدم ذكرهما . ويشته أمر الحيازة فيما يتعلق بعنصر القصد إذا احتملت معنيين ، معنى أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ومعنى أنه يحوز لحساب غيره أو لحساب نفسه وحساب غيره معاً .

(١) ولا نصير الحيازة معيبة بعيب الإكراه بعد ذلك ، حتى لو اضطر الحائز إلى دفع الاعتداء عنها ولو بالقوة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ وهاش ٢٦ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٣) - ولم يكن هذا هو الحكم في القانون الرومانى ، فقد كان هذا القانون يقضى بأن عيب الإكراه لا يزول إلا إذا رجعت العين إلى حيازة الشخص الذى انتزعت منه الحيازة بالإكراه (بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢) .

(٢) فإذا لم يستردها في خلال السنة ، أنتجت الحيازة آثارها ونسبها لجواز التمسك بالتقدم ، وذلك بأثر رجعى من وقت استيلاء متزع الحيازة على العين وسيرورة حيازته هادئة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ وهاش ٢٦ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٢ ص ٢٠٠) .

وهناك مثلان يقدمان عادة للحيازة التي يشوبها عيب الغموض أو اللبس (١):
 (المثل الأول) شخص يموت ويوجد في منزله أشياء - كمجوهرات أو أثاث أو أوراق مالية أو منقولات أخرى - تكون في حيازة زوجته ، أو وارث يعيش معه ، أو رفيقة يعاشرها ، أو خادم ، أو أحد من أتباعه ممن يعيشون معه . فالمعاشرة وحدها قد لا تكفي لتعيب الحيازة ، ولكنها قد تشوب الحيازة بعيب الغموض إذا التبس الأمر وكانت حيازة أحد من هؤلاء ممن كانوا يعيشون مع الميت تحتل أن تكون حيازة لحساب نفسه أو أن تكون حيازة لحساب الميت بحكم المعاشرة . فإذا احتج الحائر بهذه الحيازة ، أمكن القول إنها حيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس . ومن ثم لا تنتج آثارها . (المثل الثاني) أن تكون هناك عين شائعة ، فيحوزها أحد الشركاء في الشيوع وقد يتمسك هذا الشريك بأنه قد حاز العين لحساب نفسه خاصة ، ولكز أعمال الحيازة المادية التي يأتيا في العين تكون من قبيل الأعمال التي يأتيا الشريك في الشيوع ، وأعمال الشريك في الشيوع هي نفس أعمال المالك ملكية مفرزة ، ولكن يأتيا الشريك بنيه أنه يوجد غيره معه يشاركه في الملك . فهنا يقدم اللبس في حيازة الشريك في الشيوع للعين الشائعة إذا تمسك بأنه يحوز العين لحسابه خاصة ، إذ هي حيازة تحتل هذا المعنى كما تحتل معنى أن الشريك يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره من الشركاء في الشيوع (٢) .

(١) أنظر في أمثلة أخرى بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٩ ص ٢٢٥ - مازو وفترة ١٤٤٠ ص ١١٦٢ .

(٢) أنظر استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٤١ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٦٠ - ١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٢٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩٣ - ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٤ - ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٥ - أول أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٨٠ - ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٣ - ٦ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٢٥٧ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٢ - أول أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٦ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٢ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٢ - استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٨ ص ٣٢٤ - ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٠٤ ص ١٤٤ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٧٤ ص ٥٦٤ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دفع الغير العوايد لا يبنى عليه جعل حيازة واضع اليد على أرض ما غامضة ، ولا يمنع انتقام المكسب الحاصل لمصلحته ، إلا إذا ثبت أن واضع اليد كان عائلا بذلك (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤) .

فتكون الحيازة في هذه الحالة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس ، ومن ثم لا تنتج آثارها (١) .

ونرى من ذلك أن عيب الغموض أو اللبس ينصب على عنصر القصد في الحيازة كما سبق القول ، ولا يختلط بغيره من العيوب الأخرى للحيازة . ولكن هناك رأياً يذهب إلى أن عيب الغموض ليس بعيب مستقل ، بل هو يختلط بالعيوب الأخرى . إذ هو في هذا الرأي يتناول ما تقدم ، ويشمل أيضاً أن يكون خلو الحيازة من العيوب الأخرى ، عيب عدم الاستمرار وعيب الخفاء وعيب الإكراه ، غير ثابت ثبوتاً تاماً ، بل إن فيه شيئاً من اللبس ، فتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض (٢) . ولكن بحسن الوقوف عند الرأي

(١) أنظر في غموض الحيازة في هذين المثليين : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٧ ص ١٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٨٤ - كولان وكابيتان ودي لاموراندبير ١ فقرة ١١٧٣ - وانظر في غموض حيازة العين الشائعة بودري وتيسيه فقرة ٢٩٠ - فقرة ٢٩٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفروز من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلاً لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والانفراد . ولا فرق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفروز تكون يده بريئة من المخالطة . أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست عيباً في ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام . فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسته لحيازته عند حصته مراعيًا حصة غيره ، كما لو اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وخازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم فيه حصة ، جاز أن يملكوه بالتقادم سواء اشتركوا في حيازته المادية أو نأب في هذه الحيازة بعضهم عن بعض . هذا إذا لم يكن لمالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لخاصيه . أما إذا كان للمالك يد على العقار ، فالغرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة ، فضلاً عن إمكان حمل سكوت المالك على حمل التسامح (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ هاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٧ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية قديماً بأن وضع يد أرشد العائلة على الأطيان العائلية بصفته مديراً لها لا يكبى الملكية بمضى المدة الطويلة (استئناف وطني ٣١ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٢٨٠-٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٢٧٣ - ٢١ مارس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٤ ص ٣٥ - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٨٥ - ١٠ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٩٠) . وتأكد هذا المبدأ بعد ذلك : استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ١٠٧ ص ٢٣٧ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٨٧ - ١٢ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٧ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بودري وتيسيه فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٨٨ .

الأول ، والقول بأن عيب الغموض عيب مستقل ، وبأنه يجب على عنصر القصد وحده . ولا يختلط بالعيوب الأخرى للحيزاة . أما الرأي الآخر فيخلط بين خلو الحيزاة من العيوب وبين درجة إثبات نحوها منها . فإن كان هذا الخلو ثابتاً ثبوتاً تاماً لم تكن الحيزاة مشوبة بعيب الغموض . أم إذا لم يكن ثابتاً ثبوتاً تاماً فإنها تكون مشوبة بهذا العيب . وهذا لا يجعل لعيب الغموض معنى . وإذا أخذنا به كان الأولى عدم ذكر الغموض كعيب في الحيزاة ، والاقتصار على القول بأن خلو الحيزاة من العيوب يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً تاماً . ومثل هذا القول لا وزن له . إذ أنه من البديهي . إذا اشترط القانون خلو الحيزاة من العيوب . أن يكون هذا الخلو ثابتاً ثبوتاً تاماً . شأنه في ذلك شأن أى أمر آخر يتمسك به الخصم ويكون عليه عبء إثباته (١) .

٢٨٦ - عيب الغموض أو التبس عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل

من التبس عليه الأمر : وعيب الغموض أو التبس . كعيب الخفاء وعيب الإكراه ، وبخلاف عيب عدم الاستمرار ، عيب نسبي (vice relatif) وتقول ذلك صراحة المادة ٢/٩٤٩ فيما رأينا (٢) . فلا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه أمر الحيزاة من حيث عنصر القصد .

ففي المثل الذى قدمناه عن الحيزاة الغامضة عند الزوجة والوارث والخدام والتابع ممن كانوا يعيشون مع الميت فى مسكن واحد . لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل ورثة الميت الآخرين . فلا يحتاج عليهم بهذه الحيزاة الغامضة ، ولكن يحتاج بها على غير ورثة الميت . وفي المثل الآخر . وهو الحيزاة الغامضة عند الشريك فى الشيوع ، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل الشركاء الآخرين فى الشيوع ، فلا يحتاج عليهم بهذه الحيزاة الغامضة (٣) . ولكن

(١) لوران ٣٢ فقرة ٢٩٠ وما بعدها - بفنوار ص ٢٦٥ وما بعدها - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٧ - مارق ودينو فقرة ٢٤ - وانظر نقص فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩٦٢ Bull. civ. فقرة ١٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) استئناف وطنى ٣١ أغسطس سنة ١٨٩٦ المحرق ١١ ص ٣٥٧ - ٣ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٦ ص ١٥٧ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٢ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ١٤٥ - ١١ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٦٢ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠١ ص ٩٤ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ -

يحتاج بها على غير هؤلاء الشركاء (١) .

٢٨٧ - زوال عيب الغموض بانتفاء اللبس : وكما يزول عيب عدم

استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة ، ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، ويزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه ، كذلك يزول عيب الغموض بانتفاء اللبس ، ومن وقت هذا الانتفاء . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٤٩/٢ مدني . إذ تقضي كما رأينا (٢) بأنه إذا شاب الحيازة لبس أو غموض لم يكن لها أثر قبل من التلبس عليه أمرها إلا من وقت أن يزول هذا العيب وينتفي اللبس أو الغموض .

فإذا كانت حيازة الوارث أو من يعيش مع الميت حيازة غامضة ، أو كانت حيازة الشريك في الشيوع حيازة غامضة . ظلت الحيازة في كل من الحالتين على غموضها ، إلى أن ينتفي اللبس ، ويزول الغموض . وينتفي اللبس ويزول الغموض ، إذا عمد الحائز الذي يشوب حيازته الغموض إلى التصرف في العين تصرفاً يظهر بجلاء وفي غير لبس أو غموض أنه إنما يحوز العين لحساب نفسه خاصة ، وأنه أصبح واضحاً أنه لا يحوزها لحساب غيره أو لحساب نفسه وغيره معاً .

ولا يشترط في ذلك تغيير صفة الحيازة بأحد السببين اللذين تتغير بهما صفة الحيازة العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة ، وهما فعل من الغير أو فعل يصدر من الحائز يعارض به حق المالك (٣) ، فإن الحيازة الغامضة غير الحيازة العرضية ، والمقصود هو إزالة الغموض لا تحويل حيازة عرضية إلى حيازة

سرقم ١٧٣ ص ١٥٥ - وتسقط قرينة أن الشريك وضع يده كشريك ، وتصبح الحيازة غير غامضة إذ تتحضر لحساب هذا الشريك خاصة ، إذا هو قام بأعمال تنافي حقوق بقية الشركاء (استئناف وطني ٦ نوفمبر ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص ٤٥ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص ١٦٤) .

(١) أنظر عكس ذلك وأن عيب الغموض عيب مطلق لانسي : مازو فقرة ١٤٤٣ - وانظر في أن الغموض يهدم الحيازة من أساسها إذ ينفي عنصر القصد ، وليس بمجرد عيب يشوب الحيازة : بيدان فقرة ٦٧٩ - محمد عل عرفة ٢ فقرة ٧٦ ص ١٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

أصلية^(١) . لذلك يكفي في زوال عيب الغموض أو اللبس أن يكون تصرف الحائز بحيث يستخلص منه في وضوح أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ولا يحوز لحساب غيره . فبستأثر مثلا من كان يعيش مع الميت بما في حيازته من المنقولات ، بأن يعلن أنها له وحده وليس للميت أى حق فيها ، أو أن يقرر في قائمة الجرد أن هذه المنقولات هي ملكه ويجب استبعادها من قائمة الجرد . ويستقل حائز العين الشائعة بحيازتها فلا يشاركه في هذه الحيازة أحد غيره من الشركاء ، وإذا حاول شريك أن يفعل منعه من ذلك . فهنا يظهر في غير لبس ولا غموض أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ، وبزول بذلك عيب الغموض أو اللبس ، وتصبح الحيازة صالحة لإنتاج آثارها . ولكن يجب أن تصدر من الحائز أعمال ظاهرة صريحة في أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ، وتعارض هذه الأعمال مع أية حيازة أخرى ، ونحن أن نخالط حيازته^(٢) .

§ ٣ - الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

(Possession de bonne foi et possession de mauvaise foi)

٢٨٨ - نصصرى قانونية : تنص المادة ٩٦٥ مدنى على ما يأتى :

١ - بعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم .

٢ - فإذا كان الحائز شخصا معنويا ، فالعبرة بنية من يمثلته .

٣ - وحسن النية يفترض دائما ، ما لم يقيم الدليل على العكس .

وتنص المادة ٩٦٦ مدنى على ما يأتى :

١ - لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح

فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير .

٢ - وبزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في

صحيفة الدعوى ، ويعد سوء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٩٣ ص ٢٢٨ .

(٢) استئناف وطنى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص ٤٥ -

٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص ١٦٤ (وقد سبقت الإشارة إلى هذين

الحكمين) - نقض فرنسى ٩ ديسمبر سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٣٤٨ - لوران فقرة

٢٩٢ - بفنوار ص ٢٧٢ وص ٢٧٦ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٩٣ ص ٢٢٨ .

وتنص المادة ٩٦٧ مدني على ما يأتي :

« تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق . ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى (٢) : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٦٥ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١ - يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير ، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم فيعتبر حائزاً بسوء نية . ٢ - فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً ، فالعبرة بحسن أو سوء نية من يمثله . ٣ - وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقيم الدليل على العكس » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٠ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديل اذني « يجعل المعنى أوضح وأدق » . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٧ ، بعد استبدال عبارة « فالعبرة بنية من يمثله » بعبارة « فالعبرة بحسن نية من يمثله أو بسوءها » . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٥ ، بعد استبدال كلمة « الحق » بكلمة « الشيء » وحذف عبارة « فيعتبر حائزاً بسوء نية » الواردة في الفقرة الأولى لأنها مفهومة من غير نص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٥ - ص ٤٨٦) .

م ٩٦٦ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه من التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ ، بعد إدخال بمض تعديل لفظية ، تحت رقم ٩٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٧ - ص ٤٨٨) .

م ٩٦٧ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٨ - ص ٤٩٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٩ - ٩٧١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٨ : ١ - يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على

حق الغير . وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك . ٢ - ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته امتداء على حق الغير . ويعد كذلك سوء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه ، ولو اعتقد أن له حقاً في الحيازة . ٣ - وتبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك . (والتقنين العراقي في مجموعه يتفق مع التقنين المصري . وهناك خلاف في بعض التفاصيل : لم يذكر التقنين العراقي ، كما ذكر التقنين المصري ، أن الخطأ الجسيم يكون بمثابة سوء النية ، في الفقرة الأولى من المادة ١١٤٨ منه . ولم يذكر ، كما ذكر التقنين المصري ، أن الحائز يصبح سوء النية من وقت إعلان صحيفة الدعوى إليه بسبب الحيازة ، في الفقرة الثانية من المادة ١١٤٨ منه) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٩ - ٩٧١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .
ونخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الحيازة قد تكون بحسن نية أو بسوء نية . ونبحث . في صدد هذه النصوص وتمييزها بين حسن النية وسوء النية في الحيازة . المسائل الآتية : (١) أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيازة . (٢) متى يعتبر الحائز حسن النية . (٣) حسن النية يفترض دائما . (٤) متى يعتبر الحائز سيء النية . (٥) إثبات سوء النية في الحيازة . (٦) متى يعتبر الحائز سيء النية ولو كان يعتقد أن له حقا في الحيازة . (٧) احتفاظ الحيازة بصفة لها حتى يتروم الدليل على العكس . (٨) صفة الحيازة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص .

٢٨٩- أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيازة : ليلس للتمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيازة أهمية في دعاوى الحيازة ، إذ يستوى في "التجاء إليها أن يكون الحائز حسن النية أو سيء النية . ولكن هذا التمييز له أهمية بالغة في أحوال أخرى ، نذكر منها خاصة ما يأتي :

- (١) عند استرداد الحائز من المالك المصروفات النافعة التي يكون قد أنفقها على العين ، يختلف الحكم فيما إذا كان الحائز حسن النية عما إذا كان سيء النية (م ٩٨٠/٢ مدني) وسنرى تفصيل ذلك فيما سيأتي (١) .
- (٢) في مسؤولية الحائز عن هلاك العين التي كانت في حيازته ، يجب التمييز بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية . فان حكم أحدهما يختلف عن حكم الآخر (م ٩٨٣ - ٩٨٤ مدني) . وسنبين ذلك تفصيلا فيما سيأتي (٢) .
- (٣) في اعتبار الحيازة سببا للتملك ، يختلف حكم الحيازة بحسن نية باختلافنا بينا عن حكم الحيازة بسوء نية . ويظهر ذلك فيما يأتي :
- (أ) إذا كان الحائز سيء النية . فانه لا يملك بالتقادم ، كلا من العقار والمنقول ، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، وهذا هو التقادم الطويل (٣) .
- (ب) إذا كان الحائز حسن النية : فانه يملك العقار بالتقادم القصير أي بخمس سنوات إذا كان لديه سبب صحيح كما سيأتي (٤) .
- (ج) وكذلك ، إذا كان حسن النية ، يملك المنقول في الحال بمجرد الحيازة ، إذا كان لديه سبب صحيح ، كما سيأتي (٥) .

(١) أنظر مابيل فقرة ٣٥٦ . (٢) أنظر مابيل فقرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٢ .
(٣) أنظر مابيل فقرة ٣٦٥ وما بعدها . (٤) أنظر مابيل فقرة ٤١٧ وما بعدها .
(٥) أنظر مابيل فقرة ٤٣٥ وما بعدها .

(د) ويتملك أخيراً ، إذا كان حسن النية ، الثمار بمجرد قبضها ، وسيأتي بيان ذلك (١) .

٢٩٠ - منى يعتبر الحائز من النية : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى عن

المادة ٩٦٥ مدنى تنص على أنه « يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم » . ويؤخذ من هذا النص أن الحائز لحق ، حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حق مستأجر أو غير ذلك من الحقوق ، يعتبر حسن النية إذا كان يعتقد أن حيازته لهذا الحق لا تنطوى على اعتداء على حق للغير . وأقرب تطبيق لذلك هو أن يكون الحائز لحق الملكية يعتقد أنه هو المالك فيكون حسن النية في حيازته لحق الملكية سواء كان هو المالك فعلاً أو لم يكن . وأن يكون الحائز لحق آخر غير حق الملكية يعتقد أنه هو صاحب الحق فيكون حسن النية في حيازته لهذا الحق سواء كان هو صاحبه أو لم يكن . فإذا اشترى شخص مثلاً عيناً من شخص آخر معتقداً أنه هو المالك ، وتسلم العين من البائع ، فانه يحوز حق الملكية ، ويكون في حيازته إياه حسن النية ما دام يعتقد أنه قد اشترى من المالك ، وذلك سواء كان البائع مالكا حقيقة أو لم يكن . ويصح ، بدلاً من أن يشتري العين ، أن يرثها أو أن يوصى له بها أو أن تهب له أو أن يأخذها بالشفعة ، ففي جميع هذه الأحوال إذا تسلم العين فانه يعتبر حائزاً لحق الملكية بحسن نية ما دام يعتقد أن المورث أو الموصى أو الواهب أو البائع للمشتري الذى أخذ منه العين بالشفعة هو المالك ، سواء كان مالكا حقاً أو غير مالك . وكذلك إذا تعاقد مع شخص على ترتيب حق ارتفاق لمصلحة عقاره على عقار مملوك لهذا الشخص ، أو ارتهن منه مالا رهن حيازة ، أو استأجر منه عيناً ، فانه يحوز حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق المستأجر ، ويعتبر حائزاً حسن النية ما دام يعتقد أن الشخص الذى تعامل معه بملك نقل الحق إليه ، سواء كان هذا الشخص بملك فعلاً نقل الحق إليه أو لا يملك .

وهذا هو أقرب تطبيق لعبارة « يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير » كما قدمنا ، فإدام الشخص الذى يحوز الحق يعتقد أن هذا الحق له ،

(١) انظر مايل فقرة ٤٦٠ وما بعدها .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

فلا شك في أنه : يجهل أنه يعتدى على حق الغير . ولكن هذه العبارة أوسع من التطبيقات التي قدمناها . فقد يجهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ، ولكنه مع ذلك يعلم أن الحق الذي يحوزه ليس له . وأقرب مثال لذلك نجده في الاستيلاء . فقد يعتقد شخص أن منقولا معينا غير مملوك لأحد . فيحوزه قاصدا أن يملكه بالاستيلاء . فإذا كان المنقول ليس مالا مباحا بل هو مملوك لشخص آخر . فإن الحائز للمنقول يكون جاهلا أنه في حيازته لهذا المنقول يعتدى على حق الغير . ولكنه مع ذلك يعرف عند حيازته إياه أنه غير مملوك له . ففي هذه الحالة أيضا يكون حائزا للمنقول وهو حسن النية ، مادام لا يعلم أن المنقول مملوك لأحد . ومن هنا نرى أنه ليس من الضروري ، في جهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير . أن يعتقد أن الحق الذي يحوزه هو حق مملوك له . والهم ، في حسن نية الحائز . أنه يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، وليس من الضروري أن يعتقد أن الحق مملوك له . ومتى جهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ، فإنه يعتبر في الأصل حائزا حسن النية . ومع ذلك قد يكون ، في جهله أنه يعتدى على حق الغير ، ارتكب خطأ جسيما . فقد يكون ، في شرائه العين من غير مالك مثلا ، في استطاعته أن يعلم بحقيقة الأمر لو أنه بذل أقل جهد في التحري عنه . ومع ذلك يقدم على الشراء في رعونته ودون مبالاة . فإذا حاز العين التي اشتراها من غير المالك . فإنه يكون قد ارتكب خطأ جسيما في جهله أنه بخيازته هذه يعتدى على حق الغير . ذلك بأن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية ، فسوء النية أمر عسير الإثبات إذ هو يتعلق بالنوايا الخفية ، فيؤخذ الخطأ الجسيم قرينة عليه وتكون القرينة هنا غير قابلة لإثبات العكس (١) .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية لم شروع التمهيد في هذا الصدد : « يفرض في الحائز أنه حسن النية . أي يعتقد أنه يملك الحق الذي يحوزه ويجهل أنه يعتدى بخيازته على حق الغير ، على ألا يكون خطأه في هذا الجهل جسيما ، فإن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية ، تسهلا لإثبات في مسائل مقددة تتعلق بالنوايا الخفية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) .

ويخلص بما تقدم أنه حتى يعتبر الحائز حسن نية يجب أنوافر عنصرين . أحدهما ذاتي والآخر موضوعي . والعنصر الذاتي هو أن يكون الحائز جاهلا أنه يعتدى على حق الغير . فأى شك يخلج في صدره أنه قد يكون معتديا على حق الغير يهدم هذا العنصر الذاتي ، ويعتبر الحائز سيئ النية . والعنصر الموضوعي هو أن يكون الحائز ، في جهله أنه يعتدى بخيازته على حق

وإذا كان الحائز شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة ، فلما كان لا يمكن أن يكون للشخص المعنوي نية كالشخص الطبيعي ، فقد جعل القانون العبرة بنية من يمثل هذا الشخص المعنوي . من مدير أو مفوض أو غير ذلك . فإذا كانت نية هذا الشخص الطبيعي حسنة على الوجه المبين فيما قدمناه ، كان الشخص المعنوي نفسه حسن النية : وإلا فهو سيء النية . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدني ، كما رأينا (١) ، في هذا الصدد على ما يأتي : « فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً ، فالعبرة بنية من يمثله » .

ويخلص من ذلك أن الحائز يكون حسن النية إذا لم يعلم ، وكان لا يستطيع أن يعلم ، أنه في حيازته هذه قد اعتدى على حق الغير .

٢٩١ - من النية يفترض دائماً : ولا يطلب من الحائز أن يثبت حسن نيته ، فالمفروض أصلاً أنه حسن النية ، إلى أن يثبت خصمه العكس . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدني ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقيم الدليل على العكس » .

والسبب في افتراض حسن النية في الحائز أن المشاهد في أغلب الأحيان أن الشخص الذي يحوز شيئاً يكون هو المالك له ، والذي يستعمل حقاً غير حق الملكية يكون هو صاحب هذا الحق . فافتراض القانون حسن النية في الحائز ، أخذاً بالغالب الراجح . وذلك إلى أن يثبت من يدعى أن الحائز سيء النية سوء نيته ، فيحمل هذا المدعى عبء إثبات سوء النية . مثل ذلك أن يرفع

= الغير لم يرتكب خطأ جسيماً ، إذ الخطأ الجسيم يقارف سوء النية ، فيجعل الحائز - وهو حسن النية ذاتياً - سيء النية موضوعياً . ومن هذا نرى أن أي شك يخالف الحائز يجعله سيء النية ، وحتى لو لم يخالفه أي شك بل كان على يقين تام من أنه لا يعتدي على حق الغير بحيازته ، فإن الخطأ الجسيم يهدم حسن نيته إذ أن هذا الخطأ هو بمثابة سوء النية . أنظر مع ذلك انتقاداً لنص التقنين الجديد (م ١/٩٦٥) : جهال الدين زكي في رسالته في حسن النية في كسب المحروق ص ٨٧ - ص ٨٨ (وعنده أن حسن النية لا يشتمل إلا على عنصر موضوعي هو انتفاء الخطأ *(absence de faute)* فالحائز يكون حسن النية إذا كان في اعتدائه بحيازته على حق الغير لم يرتكب أي خطأ ولو كان خطأ يسيراً . أما إذا ارتكب خطأ ولو يسيراً فإنه ، يكون سيء النية حتى لو كان من الناحية الذاتية يجهل أنه يعتدي على حق الغير : رسالته المتقدم ذكرها ص ٤٠ - ص ٤٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

المالك الحقيقي على الحائز دعوى الاستحقاق مطالباً بإياه برد العين وبإثبات التي قبضها . فيتمسك الحائز بأنه تملك الثمار بقبضها لأنه كان حسن النية في حيازته . ففي هذه الحالة لا يكلف الحائز بإثبات حسن نيته لأن حسن النية مفترض في جانبه كما قدمنا ، وعلى المالك أن يثبت أن الحائز كان سيء النية حتى يستطيع أن يسترد منه الثمار . والمالك يثبت أن الحائز كان سيء النية بأن يثبت أنه كان وقت حيازته يعلم أو ينبغي أن يعلم بأنه يعتدى على حق مأكينه ، على الوجه الذي سنبينه فيما يأتي (١) .

هذا وافترض حسن النية في الحائز هو الأصل . على أنه يجوز أن ينص القانون في حالة معينة على عدم افتراض حسن النية في الحائز وتكايفه هو بإثبات حسن نيته . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدني من أن « تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها » ، على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية . جاز له أن يتمسك بحسن نيته » . فالمفروض هنا أن حائزاً ثبت سوء نيته ، وانتقلت حيازته إلى وارثه فأصبح هذا هو الحائز . ففي هذه الحالة لا يفرض القانون في الوارث أنه حسن النية ، بل إن الحيازة تنتقل إليه بالصفة التي كانت عليها عند المورث . فيعتبر الوارث حائزاً سيء النية كما كان مورثه ، إلى أن يثبت هو حسن نيته . وستعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يأتي (٢) .

٢٩٢ - متى يعتبر الحائز سيء النية : يستخلص مما قدمناه أن الحائز

يعتبر سيء النية في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا ثبت أن الحائز كان يعلم ، وهو يجوز الحق الذي يستعمله ، أن حيازته لهذا الحق اعتداء على حق الغير . فالسارق يعتبر حائزاً سيء النية للشيء المسروق ، لأنه وهو يسرقه يعلم أنه يعتدى على حق المالك . والمغتصب لمال الغير . عقاراً كان هذا المال أو منقولاً . يعتبر حائزاً سيء النية ، لأنه وقد اغتصب مال الغير قد علم أنه بعمله هذا قد اعتدى على حق هذا الغير . ومن وجد مالا ضائعاً فاستولى عليه لنفسه دون أن يبلغ عنه يعتبر

(١) انظر ما بل فقرة ٢٩٣ .

(٢) انظر ما بل فقرة ٣٠٠ .

حائزاً سىء النية ، لأنه يعلم أن هذا المال ليس له وأن هناك احتمالاً أن يكون له صاحب ، فهو يعلم إذن أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق صاحبه فيما لو ظهر أن له مالكا . ومن أخفى شيئاً مسروقاً وهو يعلم بسرقة يعتبر حائزاً سىء النية ، لأنه يعلم أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق مالكة . ومن جاز على أرض الجار فأدخل جزءاً منها في أرضه يكون حائزاً سىء النية إذا كان يعلم أن هذا الجزء من الأرض ليس له ، لأنه يكون بحيازته إياه عالماً بأنه يعتدى على حق الجار . ومن اشترى عيناً من بائع لا يملكها وهو يعلم ذلك : وتسلم العين ، يكون حائزاً سىء النية : لأنه يعلم بأن العين لم تنتقل ملكيتها إليه وأنه بحيازته إياها يعتدى على حق مالكة . ومن وجد في تركة مورثه عيناً يعلم أنها غير مملوكة للمورث . وأدخلها في التركة واستولى عليها . يكون حائزاً سىء النية ، لأنه يعلم بأنه يعتدى على حق مالك العين . فإذا كان يعتمد أن العين مملوكة لمورثه ولكن ثبت أن المورث كان سىء النية يعلم أن العين غير مملوكة له ، فإن الوارث يكون مع ذلك حسن النية . ولكن حسن نيته في هذه الحالة لا يفتقر ويجب عليه هو أن يثبت ، لأن الحيازة تنتقل إليه من مورثه على اعتبار أنها حيازة بسوء نية إلى أن يثبت أنه هو حسن النية (١) .

(الحالة الثانية) إذا ثبت أن الحائز لا يملكه وإنه كان لا يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، كان ينبغي عليه أن يعلم ذلك . فيكون جهله بأن حيازته اعتداء على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم . وقد رأينا أن الجهل بالاعتداء على حق الغير لا يعتد به إذا كان نتيجة لخطأ جسيم . وأن الحائز في هذه الحالة يعتبر في حكم من يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، ومن ثم يكون حائزاً سىء النية (٢) . فمن تسلم شيئاً من شخص معروف بسوء السيرة وأنه قد ألبس السرقة وكان هذا الشيء ذا قيمة كبيرة بحيث يستبعد أن يكون مملوكاً لهذا الشخص : فإنه يكون حائزاً سىء النية ، سواء اشترى الشيء أو ارتبه أو قبله وديعة عنده . ويرجع ذلك إلى أنه وإن لم يثبت بوجه قاطع أن الحائز يعلم أن الشيء مسروق ، إلا أنه كان يستطيع أن يعلم أنه مسروق لو أنه بذل أقل جهد في التحري عن

(١) أنظر م ١/٩٥٥ مدني وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٠ في آخرها .

مصدر هذا الشيء . فيكون جهله بأنه يعتدى على حق الغير نتيجة لخطأ جسم في جانبه . ومن جار على جزء من الأرض المجاورة لأرضه ، وكان من السهل عليه أن يتبين لو أنه بذل أقل جهد في التحري أن هذا الجزء من الأرض هو لجاره وليس مملوكا له ، يكون حائزا لشيء النية . لأن جهله بأن حيازته اعتداء على حق الجار يرجع إلى خطأ جسم في جانبه .

وإذا كان الحائز في البداية حسن النية ، ثم علم بعد ذلك أن العين مملوكة للغير . فانه يصبح سيء النية من وقت هذا العلم . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٦ مدني ، كما رأينا (١) . صراحة على ذلك إذ تقول : « لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير » (٢) .

٢٩٣ - إنبات سوء النية في الحيازة : وقد قدمنا أنه يفترض في الحائز

أنه حسن النية . وعلى صاحب الحق الذي يستعمله الحائز أن يثبت أن الحائز سيء النية . فعلى صاحب الحق إذن أن يثبت أن الحائز يعلم : أو كان ينبغي أن يعلم ، أن حيازته اعتداء على حقه . ولما كان علم الحائز بذلك . أو إمكان علمه به . واقعة مادية . فان صاحب الحق يستطيع إثبات هذه الواقعة بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك اثينة والقرائن .

ومن القرائن القانونية على علم الحائز أن يكون مورثه الذي نقل إليه الحيازة قد ثبت سوء نيته . فيفترض قانونا أن الوارث هو أيضا مثل مورثه سيء النية يعلم أن العين غير مملوكة لمورثه . ولكن هذه القرينة . القانونية قابلة لإثبات العكس . فيستطيع الوارث أن ينقضها بأن يثبت أنه هو كان حسن النية خلافا لمورثه : وأنه كان يعتقد أن العين كانت مملوكة لمورثه (٣) . ومن القرائن القضائية على علم الحائز أيضا أن يكون قد اشترى أرضا معلومة الحدود ، ومع ذلك يجاوز هذه الحدود الظاهرة عند تسلمه الأرض من البائع .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا العدد : « وإذا أريد إثبات أن الحائز سيء نية . وجب إقامة الدليل على أنه يعلم بأنه لا يملك الحق الذي يحوزه ، أو أنه كان يجهل ذلك ثم علم فزال حسن نيته (مجموعة) الأنماط التحضيرية ص ٤٨٩) .

(٣) أنظر م ١/٤:٥٥ مدني آنفاً فقرة ٢٩١ .

ومن القرائن القضائية على إمكان علم الحائز بأن الشيء مملوك لشخص آخر ما قدمناه من أن يشتري هذا الشيء من شخص معروف بسوء السيرة وقد ألفت السرقة ، وأن الشيء كبير القيمة بحيث يستبعد أن يكون مملوكاً لهذا الشخص .

٢٩٤ - متى يعتبر المأزى سىء النية ولو كان يغفر أنه له عفا في

الحيازة : رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدني تنص على ما يأتي : « ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ، وبعد سىء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره » . ومخلص من هذا النص أن هناك حالتين يعتبر فيهما الحائز سىء النية ولو كان يعتقد أن له حقاً في الحيازة :

(الحالة الأولى) إذا أعلن الحائز في صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يحوزه ليس له وطولب برده إلى صاحبه ، فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الحائز متضمنة هذا المعنى يصبح الحائز سىء النية ، حتى لو كان يعتقد بالرغم من هذا الإعلان أن الحق الذي يحوزه هو له وأن المدعى مبطل في دعواه . فلو ظهر حقاً أن المدعى مبطل في دعواه وأن الحائز على حق في اعتقاده بأن الحق الذي يحوزه هو له ، فلا تثار في هذا الفرض مسألة سوء نية الحائز لأنه قد ثبت أن الحق هو حقه ، فلا يسترد منه المدعى شيئاً . أما إذا ظهر أن المدعى على حق في دعواه وأن الحق الذي يستعمله الحائز ليس له ، فعندئذ يعامل الحائز كما لو كان سىء النية من وقت أن وصل إليه إعلان المدعى ، حتى لو أثبت أنه كان يعتقد أن له حقاً في الحيازة بالرغم من هذا الإعلان كما سبق القول . ويترتب على ذلك بوجه خاص أنه يطالب برد جميع ثمار العين التي قبضها والتي قصر في قبضها من وقت أن يصبح سىء النية ، أي من وقت وصول إعلان المدعى إليه على النحو الذي قدمناه . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٧٩ مدني إذ تقول : « يكون الحائز سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقته في إنتاج هذه الثمار » . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) أنظر فقرة ٤٧١ .

وبلاحظ أن الحائز لا يطالب برد الثمرات إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى إليه ، ففي هذا الوقت فقط يمكن القول بأنه علم بما يوجه إلى حيازته من اعتراض ، بحيث لو كان هذا الاعتراض صحيحاً أمكن تبرير مطالبته برد الثمرات من وقت علمه بالاعتراض كما لو كان سىء النية . ولا يكفي في ذلك قيد الدعوى في قلم كتاب المحكمة وتقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً . فإن المادة ٧٥ من تقنين المرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ إنما تعتبر « الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، أما باقي الآثار التي تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها » . ومن باقي الآثار التي تترتب على رفع الدعوى اعتبار الحائز سىء النية ، فلا يترتب هذا الأثر إلا من وقت إعلان الحائز فعلاً بصحيفة الدعوى (١) .

(١) وهناك مشروع لتقنين المرافعات ، جاء في المادة ٦٢ منه أن «ترفع الدعوى إلى المحكمة بدءاً عن طلب المدعى بصحيفة تودع في كتاب المحكمة ، ولم يصم القانون على غير ذلك» . وتنص المادة ٦٧ من المشروع على أن «يقدم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك ، بعد أن يثبت في حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها . وعليه في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ، ورد الأصل إلى قلم الكتاب » . وتنص المادة ٦٨ من المشروع على أنه «على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه . إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع في أثناء هذا الميعاد ، فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة . وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور . . . » - ويستخلص من هذه النصوص أن الدعوى تعتبر مرفوعة من وقت إيداع صحيفة بقلم كتاب المحكمة ، وأن قلم الكتاب يسلم الصحيفة إلى قلم المحضرين في اليوم التالي على الأكثر من تاريخ إيداعها ، وأن قلم المحضرين يقوم بإعلانها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه . وعلى ذلك تعتبر الدعوى مرفوعة قبل إعلان صحيفة إلى المدعى عليه بمدة قد تطول إلى ثلاثين يوماً ، ويترتب على ذلك أن رفع الدعوى ينتج آثاره القانونية قبل إعلان صحيفة . ونرى أنه ، إذا أصبح هذا المشروع قانوناً ، لا بد أن يستثنى الحكم القاضي بعمل الحائز في حكم سىء النية من بين الآثار التي تترتب على رفع الدعوى ، وتأخير هذا الأثر إلى يوم إعلان الحائز . بصحيفة الدعوى . والقول بغير ذلك يجعل الحائز في حكم سىء النية من وقت إيداع صحيفة الدعوى في قلم كتاب المحكمة ، أي قبل إعلانها للحائز بمدة قد تصل إلى ثلاثين يوماً وقبل أن يعلم الحائز فعلاً بالاعتراض الموجه إلى حيازته .

(الحالة الثانية) اذا اغتصب الحائز بالإكراه الحيازة من غيره . والذي يجعل الحائز سىء النية في هذه الحالة هو نفس اغتصاب الحيازة بالإكراه ، ولو كان يعتقد أن الحق الذي اغتصب حيازته هو حقه . وذلك بأنه حتى لو اعتقد أن الحق حقه ، فما كان ينبغي أن يغتصب حيازته بالإكراه . بل كان الواجب أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداده . أما وقد اغتصب حيازته بالإكراه . فانه يعتبر حائزاً سىء النية ، وتجرى عليه أحكام الحيازة بسوء نية بوجه خاص فيما يتعلق بالمسؤولية عن الهلاك وبوجوب رد الثار وذلك فيما لو ظهر أن الشيء الذي اغتصب حيازته بالإكراه ليس له . ولا يشفع له أن يثبت أنه كان يعتقد وقت اغتصاب الحيازة بالإكراه أن الشيء مملوك له ، إذ لا يجوز لأحد أن ينتصف لنفسه بنفسه (١) .

وبدیهى أنه إذا اغتصب الحائز الحيازة بالإكراه وهو يعتقد أن الشيء مملوك له ، ثم ظهر أن الشيء مملوك له فعلاً . فان المدعى لا يرجع عليه بشيء . ولا تثار مسألة سوء نية الحائز في هذه الحالة . وهذا لا يخل بما للحائز السابق الذي اغتصب منه الحيازة من حق في رفع دعوى استرداد الحيازة طبقاً لشروطها ، ولا يخل بحقه أيضاً في طلب تعويض عن الإكراه الذي وقع عليه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية .

٢٩٥ - استفاظ الحيازة بصفتها متى يقوم الدليل على العكس :

وأما (٢) أن المادة ٩٦٧ مدنى تنص على أن تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها . ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك . فاذا كسب شخص الحيازة وكان حسن النية - وحسن النية مفترض كما قدمنا - فانه يبقى حائزاً حسن النية ، إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نيته على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم (٣) . وإذا ثبت أن الحائز سىء النية ، فانه يبقى حائزاً سىء

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لبشروع التمهيد في هذا الصدد : « عل أن حسن نيته

(نية الحائز) يزول حتماً من وقت إعلانه في غريضة الدعوى بأنه لا يملك الحق الذي يحوزه ، وبعد كذلك سىء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه حتى لو كان يعتقد بحسن نية أنه يملك الحق الذي اغتصب حيازته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣ .

النية ، وتنقل حيازته بصفته هذه إلى وارثه ، فيعتبر الوارث من النية مثل مورثه إلى أن يثبت أنه حسن النية (م ٩٥٥ مدني) .

ويلاحظ أن الحيازة تتغير صفتها عما كانت عليه من قبل بمجرد إقامة الدليل على أن هذه الصفة قد تغيرت على الوجه السابق بيانه . فلا يشترط في تغير صفة الحيازة قيام أحد السببين اللذين تتغير بهما الحيازة العرضية فتحول إلى حيازة أصيلة ، وهما فعل يصدر من الغير ومعارضة الحائز لحق المالك . ونرى من ذلك أنه لا يشترط قيام أحد هذين السببين إلا في تحول الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة . أما في تغير صفة الحيازة من حسن النية إلى سوء النية أو بالعكس من سوء النية إلى حسن النية ، وفي زوال عيب من عيوب الحيازة كانقطاع الإكراه أو انتفاء الغموض ، فلا يشترط قيام أحد هذين السببين ، بل تكفي إقامة الدليل على تغير صفة الحيازة أو على زوال العيب .

٢٩٦ - صفة الحيازة بعد انتقالها إلى ذات عام أو إلى خلف خاص -

إمالة : ونرى أنه إذا انتقلت الحيازة إلى خلف عام ، فإنها تنتقل إليه بالصفة التي كانت عليها عند السلف . أما إذا انتقلت إلى خلف خاص ، فإنه يتبدى حيازة جديدة يفترض فيها حسن النية كما هي القاعدة العامة ، وذلك إلى أن يقوم الدليل على العكس .

وقد نصت المادة ٩٥٥ مدني على هذه الأحكام ، وسنعود إلى هذا النص فيما يأتي ، فنحيل هنا إلى ما سنقرره هناك ^(١)

المطلب الثاني

انتقال الحيازة وزوالها

§ ١ - انتقال الحيازة

(Transfert de la possession)

٢٩٧ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٩٥٢ مدني على ما يأتي :

« تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا انفقا على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، ولو لم يكن هناك تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق » .

(١) أنظر مايل فقرة ٣٠٠ وقرة ٣٠٦ .

وتنص المادة ٩٥٣ مدنى على ما يأتى :

« يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعا يده للحساب من يخلفه فى الحيازة ، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه » .

وتنص المادة ٩٥٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ - تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها » .

« ٢ - على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة » .

وتنص المادة ٩٥٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف مسمى النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » .

« ٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل مايرتبه القانون على الحيازة من أثر » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٣ من المشروع التمهيدى عل الوجه الآتى :
« تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ، وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الشيء أو الحق الذى ترد عليه الحيازة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٢٧ فى المشروع النهائى ، بعد أن استبدلت كلمة « الواردة » بعبارة « الذى ترد » وبعد أن أضافت عبارة « ولولم يكن هناك تسلم مادى » فى آخر النص « ليكون الحكم أوضح » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة « الشيء » ، وأضيفت عبارة « الشيء موضوع هذا الحق » فى آخر المادة ، وأصبح رقم النص ٩٥٤ . ووافقت عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٧ - ص ٤٥٨) .

م ٩٥٣ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩) .

م ٩٥٤ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٩ فى المشروع

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، فيما عدا المادة ٢/٩٥٥ مدني فيقابلها في التقنين المدني السابق المادة ١٠٣/٧٧ (١)

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١١ - ٩١٤ وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥٦ - ٩٥٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٥٨ (٢)

وتعرض النصوص سالفة الذكر لانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر ، ويحسن أولاً تحديد معنى انتقال الحيازة في هذا الصدد .

= البنائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على أن النص لم يورد لإحالتين من حالات التسليم وهما تسليم السندات لقطعة من الضمعة المهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن ، فاجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم تردا على سبيل الحصر وإنما هما المثالان الغالبان في العمل . ووافقت على النص تحت رقم ٩٥٤ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٠ - ص ٤٧١) .

م ٩٥٥ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٠ في المشروع النهائي . بعد تعديلات لفظية حلت النص مطابقة كل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٢ - ص ٤٦٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٠٣/٧٧ : يجوز لواضع يده عن المقار أو الحقوق المبنية أن يضم لمدة وضع يده عليها مدة وضع يده من انتقال ذلك منه إليه . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩١١ - ٩١٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٥٦ - ٩٥٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٩ : ١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفته . على أنه إذا أثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتسك بذلك ولو كان خلفه سيئ النية . ٢ - ويجوز للخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون من أثر .

(والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدني مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٥٨ : . . . ويمكن لمن يدعي بمرور الزمن أن يستند إلى يد الشخص الذي اتصل منه المقار إليه . (والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدني مصري) .

٢٩٨ - بمبر معنى انتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر : براد

بانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر أن تكون الحيازة في هذا الانتقال حيازة متصلة ، لا تنقطع اللاحقة منها عن السابقة ، ولا تعتبر اللاحقة حيازة مبتدأة . وهذا الاتصال ما بين الحيازتين السابقة واللاحقة يكون من شأنه جواز ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة (accession de la possession) (jonction des possessions) . لأن الاتصال يجعل الحيازة السابقة تستمر في الحيازة اللاحقة فيكون هناك استمرار للحيازة (continuation de la possession) . وعلى ذلك فحيازة المنقول ابتداء عن طريق الاستيلاء ، إذا لم يكن للمنقول مالك ، ليس فيه انتقال للحيازة ، لأن المنقول لم يكن في حيازة أحد قبل الاستيلاء عليه . فلم تنتقل حيازته من شخص إلى آخر . واغتصاب الحيازة من الحائز أو انتزاع الحيازة منه بالإكراه لا يعتبر انتقالا للحيازة ، لأن المقتصب أو منتزع الحيازة بالإكراه يبتدئ حيازة جديدة لا تتصل بالحيازة القديمة ، ولا تعتبر استمرارا لها ، ولا يجوز أن تضم إلى مدتها مدة الحيازة القديمة (١) . وحيازة غير الوارث لعين من أعيان التركة ، سواء كان الحائز

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٤ - نقض فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٧ سيري ١٩٢٨ - ١ - ٤٧ . ولكن إذا اغتصبت الحيازة من الحائز ، وبق الاغتصاب أكثر من سنة ، ثم استرد الحائز حيازته اختياراً أو بحكم قضائي ، فهل يستطيع هذا الحائز أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المقتصب ؟ هناك رأي يذهب إلى أن الحائز الذي استرد حيازته بعد أكثر من سنة تنقطع حيازته لأن الاغتصاب دام أكثر من سنة ، ثم هو لا يعتبر خلفاً للمقتصب حتى تضم مدة حيازة المقتصب إلى مدة حيازته (لوران ٣٢ فقرة ٣٦٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ هاش ٨ - بفتوار ص ٢٨٦ وما بعدها - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٤ - نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٨٣٢ دالوز ٣٢ - ١ - ٨٣) . وهناك رأي آخر يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى أن الحائز يعتبر خلفاً للمقتصب في حيازته فتضم مدة حيازة المقتصب إلى مدة حيازته ، وذلك لأن هناك رابطة قانونية بين حيازة المقتصب وحيازة الحائز اللاحقة ، إذ أن المقتصب نقل حيازته إلى الحائز إما اختياراً وإما جبراً بموجب الحكم . فإذا وضع شخص يده على عين مدة ثلاث سنوات ، ثم اغتصبت منه الحيازة وبق الاغتصاب مدة سنتين ، ثم استرد الحائز حيازته اختياراً أو قضاءً وبق حائزاً مدة خمس سنوات ، فإن مدة سنتي الاغتصاب تضم إلى خمس السنوات الأخيرة لأن الحائز يعتبر خلفاً للمقتصب ، ولكن ثلاث السنوات السابقة على الاغتصاب لا تحب في مدة التقادم لأن التقادم قد انقطع بالاغتصاب الذي دام أكثر من سنة . وهذا هو الرأي الذي نفضله ويقول به كثير من الفقهاء (هيك ١٤ فقرة ٣٧٠ - كولميدى سانتير ٨ فقرة ٣٤١ مكررة - ماركاديه حل المادة ٢٢٣٥ وتم ٣ - حوار فقرة ١٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٦٣) .

سمى النية أو حسن النية ، تعتبر هي أيضا حيازة مبتدأ فلا تنصل بحيازة المورث ، ولا تعتبر استمرارا لها ، ولا تضم إلى مدتها مدة حيازة المورث .

أما انتقال الحيازة من حائز إلى آخر بالمعنى الذى أسلفناه فيتم بأحد طريقين :
 (أ) بالميراث ، فننتقل حيازة المورث إلى الوارث ، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف العام . (ب) بالاتفاق . فيتفق الحائز مع شخص آخر على أن ينقل له الحيازة ، كما إذا اتفق البائع مع المشتري على أن ينقل له حيازة الشيء المبيع أو اتفق الورثة مع الموصى له بعين معينة على أن ينقلوا له حيازة هذه العين ، وبستوى فى ذلك أن يكون الحائز السابق مالكا للحق الذى ينقل حيازته إلى الحائز اللاحق أو غير مالك ، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص (١) .
 ونستعرض كلا من الطريقين :

١ - انتقال الحيازة إلى خلف عام :

٢٩٩ - كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف العام : ويراد بالخلف العام هنا الوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة كالثالث أو الرابع . وقد رأينا (١٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدنى تقول : « تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها . . . » . ويخلص من هذا النص أن الحيازة تنتقل من السلف إلى الخلف العام بحكم القانون ، فقد كان الميت هو الحائز فى حال حياته فإذا مات انتقلت حيازته إلى خلفه العام دون حاجة إلى أن يتسلم الخلف المال تسلماً فعلياً . وهذا هو الحكم الذى تقضى به طبيعة الأشياء ، فى الفترة ما بين موت السلف وتسلم الخلف تسلماً فعلياً ، لا بد أن يكون للمال حائز مادام مالموا كغير سائبة . ومادامت ملكية المال تنتقل إلى الخلف العام بمجرد موت السلف . فالحيازة

(١) ويلاحظ أنه فى حالة انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، حيازة السلف وتاليا حيازة الخلف وإن كانت حيازة غير مبتدأ بل حيازة متصلة بحيازة السلف ومكملة لها ، ويجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة السلف أو لا يضمها تباعاً لمصلحته . أما فى حالة انتقال الحيازة إلى الخلف العام فلا توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، بل لا توجد إلا حيازة واحدة بدأها السلف ، واستمر فيها الخلف (بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٦ ص ٢٦٨) .
 (٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

تتبع الملكية هنا ، وتنتقل هي أيضا مع الملكية إلى الخلف العام بحكم القانون وبمجرد موت السلف (١) .

والمفروض في انتقال الحيازة إلى الخلف العام بحكم القانون أن هذه الحيازة لم تنقطع . فاذا استولى الغير على المال ، ولكن الوارث استرد الحيازة في خلال سنة من هذا الاستيلاء ، فانه يعتبر حائزا بأثر رجعي من وقت موت السلف ، ولا يعتد بفترة الانقطاع التي لم تبلغ السنة . أما إذا بقيت حيازة الغير سنة دون أن يستردها الخلف العام ، فان الحيازة تبقى عند هذا الغير ويستطيع أن يلجأ في حمايتها إلى دعاوى الحيازة . وإذا لم يستول أحد على المال ، فان المال يعتبر في حيازة الخلف العام على الوجه الذي قدمناه ، ولو لم يتسلمه الخلف العام فعلا وبقي دون أن يتسلمه مدة سنة أو أكثر ، ما دام المال لم يستول عليه أحد غيره (٢) .

٣٠٠ - **بأية صفة تنتقل الحيازة إلى الخلف العام :** رأينا أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها . وأهم هذه الصفات هي أن تكون الحيازة حيازة عرضية أو حيازة أصيلة ، وأن تكون مشوبة بعيب من عيوب الحيازة أو غير مشوبة ، وأن تكون بحسن نية أو بسوء نية .

وقد قدمنا (٣) أن حيازة المورث إذا كانت حيازة عرضية تنتقل بهذه الصفة إلى الوارث ، فيبقى الوارث كما كان المورث حائزا عرضيا يحوز لحساب غيره . ولا تصبح حيازة الوارث حيازة أصيلة إلا إذا تغيرت صفتها العرضية بأحد الأمرين اللذين تتغير بهما الصفة العرضية لحيازة الوارث : فعل يصدر

(١) ويفسر أوبري ورو انتقال الحيازة إلى الخلف العام قبل أن يتسلم المال فعلا بأن الذي ينتقل ليست هي الحيازة في ذاتها ، لأن الحيازة واقعة مادية فلا يحصل عليها الخلف العام إلا إذا تسلم المال فعلا . وإنما الذي ينتقل إلى الخلف العام هي مزايا الحيازة ، وبخاصة دعاوى الحيازة وإمكان التملك بالتقادم ، باعتبار أن هذه المزايا هي من توابع الحق الذي انتقل إلى الخلف العام ومن شأنها أن تقوى هذا الحق وتدفع عنه الاعتداء (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٥ وهامش ٢ - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٣٤٣ ص ٢٦٧ وفقرة ٣٤٦ ص ٢٦٨ وفقرة ٣٤٧ ص ٢٦٨ ص ٢٦٩) .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٣٤٧ ص ٢٧٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

من الغير ، أو فمل يصدر من الوارث يعارض به حق المالك (١) .
وقد بسطنا تفصيلا كلا من هذين الأمرين ، فنحيل هنا إلى ما سبق أن قدمناه
هناك (٢) . وغنى عن البيان أن حيازة المورث إذا كانت حيازة أصيلة تنتقل
إلى الوارث حيازة أصيلة كذلك ، وبحوز الوارث ، كما كان يحوز المورث .
لحساب نفسه . ولا تتغير هذه الصفة الأصيلة عند الوارث إلى صفة عرضية
إلا إذا أصبح الوارث يحوز لحساب غيره ، شأنه في ذلك شأن المورث .

كذلك إذا كانت الحيازة عند المورث مشوبة بعيب ، كأن كانت حيازة
خفية أو حيازة باكره أو حيازة غامضة ، فإنها تنتقل إلى الوارث مشوبة بهذا
العيب . ولا بد ، حتى تنتج الحيازة آثارها عند الوارث ، أن يزول العيب الذي
هو مشوبة به ، كما كان يجب أن يزول هذا العيب في حياة المورث . فلا بد
من أن تصبح الحيازة ظاهرة إذا انتقلت حيازة خفية إلى الوارث ، أو ينقطع
الإكراه إذا انتقلت مشوبة بالإكراه ، أو يزول اللبس إذا انتقلت غامضة (٣) .

وإذا كان المورث حسن النية في حيازته وبقي حسن النية إلى أن مات ،
فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية . ويعتبر الوارث ، كما كان
يعتبر المورث ، حسن النية في حيازته ، إلى أن يثبت سوء نيته على الوجه الذي
قدمناه في إثبات سوء نية الحائز (٤) . وكذلك يعتبر الوارث سيء النية ،
ولو كان يعتقد كمورثه أن للمورث حقا في الحيازة ، إذا أعلن الوارث في
صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يحوزه ليس لمورثه وطولب بردة إلى صاحبه .
فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الوارث يصبح هذا سيء النية . كما كان
مورثه يعتبر سيء النية لو أنه هو الذي أعلن في حياته بصحيفة الدعوى (٥) .

(١) ولا يستطيع الوارث أن يملك بالتقادم ما بقيت حيازته عرضية ، فإذا انقضت
إلى حيازة أصيلة على الوجه المتقدم الذكر أمكنه أن يملك بالتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٩ -
بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٦ ص ٨٦ - ٢١ مايو سنة
١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ١٠٧ ص ١٩٢ - استئناف مصر ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة
٣١ ص ١٥٢٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٨ ص ٢٧١ وفقرة ٣٤٩ - بلانيول وريبير
ييكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

وإذا كان المورث قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره ، فقد قدمنا (١) . أنه يعتبر سىء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب حيازته هو حقه ، وتنتقل الحيازة بهذه الصفة إلى الوارث ، فيعتبر سىء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب بالإكراه هو حق مورثه وأنه لم يغتصبه بالإكراه . أما إذا كان المورث سىء النية فى حيازته ، فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بسوء النية ، ولا يفترض فى الوارث أنه حسن النية . ويبقى الوارث معتبراً كمورثه سىء النية ، إلى أن يثبت أنه هو حسن النية أى يعتقد أن مورثه كان على حق فى حيازته . فعند ذلك يعتبر الوارث حسن النية منذ أن انتقلت إليه الحيازة من مورثه ، ويبقى حسن النية بكل ما يترتب على حسن النية من آثار (٢) إلى أن يزول حسن نيته ، وبزول حسن نيته إذا أثبت صاحب الحق أن الوارث أصبح الآن يعلم أن مورثه لم يكن على حق فى حيازته .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

(٢) ومن هذه الآثار أن يملك الثمار بالقبض (أنظر مايل فقرة ٣٠١ - وانظر شفيق شعاعه فقرة ٣١٣ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٠٤ ص ٥٢٨ - إسماعيل غانم ص ١٢٧ - ص ١٢٨ - حسن كيرة ص ١٣٢ - ص ١٣٣) . وانظر فى تملك الوارث حسن النية المقار بالتقادم القصير إذا كان مورثه سىء النية محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٤ ص ١٤٧ - ص ١٤٨ ، وانظر أيضاً فى هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩١ ص ٥٩٣ - ص ٥٩٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٨ ص ٤١٦) ويفترض أن المورث كان يستند فى حيازته إلى سبب صحيح ولكنه كان يعلم أنه قد تلقى المقار من غير مالك أى أنه كان سىء النية ، فإذا كان الوارث حسن النية استطاع أن يستند إلى حسن نيته هو وإلى السبب الصحيح الصادر لمصلحة مورثه فكى يتمسك بالتقادم الحسى . ولكن يبدو أن حسن نية الوارث فى الفرض السالف الذكر لا يجدى ، إذ يشترط توافر حسن النية وقت تلقى الحق وكان المورث وقت تلقى الحق سىء النية . ولذلك يجب افتراض أن الوارث قد أثبت إلى جانب حسن نيته أنه تلقى سبباً صحيحاً غير السبب الصحيح الذى تلقاه مورثه ، وأنه كان وقت تلقيه إياه حسن النية . فعندئذ يستطيع الوارث أن يتمسك بالسبب الصحيح الذى تلقاه هو وبحسن نيته لتملك المقار بخمس سنوات ، ولا يجوز أن يضم إلى مدته مدة مورثه الذى كان سىء النية . وما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من «أنه إذا كان الوارث حسن النية والمورث سىء النية ، جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه » : مجموعة الأهمال التحضيرية ص ٤٦٣ - فيه خطأ مطبعى ظاهر ، والصحيح كما يدل سياق العبارة هو «على ألا يضم مدة حيازة مورثه » . فلفظ «على» يشرع بعدم ضم مدة حيازة المورث ، ولو أريد ضم هذه المدة لقبل «وله أن يضم مدة حيازة مورثه» .

١٠٣ - ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف العام :
ولما كانت حيازة الخلف العام استمرارا لحيازة السلف ، فالأصل أن تضم
مدة حيازة المورث إلى مدة حيازة الوارث ما دام الوارث فائدا في هذا الضم .
فاذا كانت مدة حيازة السلف نصف سنة مثلا ، وانتقلت الحيازة إلى
الوارث ، فيكفي أن يستمر هذا حائزا نصف سنة أخرى حتى يستطيع أن
ينتفع بدعوى منع التعرض . وهذه الدعوى يشترط فيها أن يكون الحائز لعقار
قد استمر حائزا له سنة كاملة (م ٩٦١ مدني) ، فيضم الوارث مدة حيازة
مورثه إلى مدة حيازته هو فتكمل له مدة السنة التي يتطلبها القانون . وهذا هو
الحكم أيضا في استكمال الوارث مدة حيازته إلى سنة كاملة بضم حيازة مورثه ،
إذا أراد أن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة (م ٩٦٢ مدني) . وإذا كان
المورث قد انتزع الحيازة بالإكراه وانقطع الإكراه ، وبقي حائزا بعد انقطاع
الإكراه مدة أقل من سنة ، فإن هذه المدة تضم إلى مدة حيازة وارثه حتى
يستكمل الوارث مدة السنة الواجبة حتى يستطيع أن يحمي حيازته بدعوى
الحيازة .

وكذلك يستطيع الوارث أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة مورثه ،
إذا أراد التملك بالتقادم المكسب . فاذا كان المورث سيء النية في حيازته ،
وانتقلت الحيازة مقترنة بسوء النية إلى الوارث كما قدمنا ، فإن الوارث يستطيع
أن يكسب ملكية العين بالتقادم الطويل إذا ضم مدة حيازة مورثه إلى مدة
حيازته . ونفرض في ذلك أن المورث بقي حائزا عشر سنوات ، ثم انتقلت
الحيازة إلى الوارث ، فيكفي أن يستمر الوارث حائزا خمس سنوات أخرى حتى
يستكمل مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة ، فيتملك العين بالتقادم .
وإذا كان المورث قد حصل على سبب صحيح وكان حسن النية وقت حصوله
عليه ، فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح .
فاذا كان المورث قد بقي حائزا للعقار مدة ثلاث سنوات مثلا ، ثم انتقلت
الحيازة إلى الوارث ، فإنه يكفي أن يستمر الوارث حائزا للعقار سنتين أخريين
حتى يستكمل مدة التقادم القصير وهي خمس سنوات ، فيتملك العقار
(٥٦)

بالتقادم (١) وإذا كان المورث سيء النية وقت حصوله على السبب الصحيح ، فإن الحيابة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية . ولا يجدى الوارث بعد ذلك أن يثبت حسن نيته هو . فإن العبرة بحسن النية وقت تلقى الحق ، أى بحسن نية المورث وقت حصوله على السبب الصحيح . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يملك العقار إلا بالتقادم الطويل ، وله أن يضم مدة حيابة مورثه إلى مدة حيابته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة سنة (٢) . أما إذا كان المورث حسن النية ولكن ليس لديه سبب صحيح

وبقى حائزاً للعين مدة ثمانى سنوات مثلاً ، ثم انتقلت الحيابة للوارث . فإنها تنتقل إليه مقترنة بحسن النية وبمجردة من السبب الصحيح كما كانت عند المورث . ولا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يملك العقار بالتقادم القصير لانعدام السبب الصحيح ، ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل ، سواء بقى حسن النية أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيابة إليه . وفى الحالتين يستطيع ضم مدة حيابة مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيابته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية أو أصبحت مقترنة بسوء النية ، فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقى حائزاً سبع سنوات أخرى إذ تضم إليها مدة حيابة مورثه وهى ثمانى سنوات .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٥٥ / ١ مدنى ، كما رأينا (٣) ، ما يأتى : « على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيابته حسن النية ، جاز له أن يمتسك بحسن نيته » . ويتحقق ذلك فى كسب الثمار بالحيابة ، إذا اقترنت الحيابة بحسن النية . فإذا كان المورث سيء النية فى حيابته ، وجب عليه أن يرد الثمار للسالك (م ٩٧٩ مدنى) . فإذا انتقلت الحيابة

(١) ولو انقلب المورث سيء النية قبل أن يستكمل مدة التقادم القصير ، أو ثبت أنها كانت سيء النية وقت انتقال الحيابة إليه ، فإنه مع ذلك يملك العقار بالتقادم القصير . ذلك بأن مورثه لو انقلب سيء النية لم يمنع ذلك من تملك العقار بالتقادم القصير ، مادام أنه كان حسن النية وقت تلقى الحق أى وقت صدور السبب الصحيح . وحيابة الوارث استمرار لحيابة المورث ، فيتملك الوارث بالتقادم القصير كما كان يملك مورثه لو بقى حياً . أنظر فى هذا بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٨ ص ٢٧٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

إلى الوارث . وأثبت هذا حسن نيته . جرد أنه يتمسك بحسن نيته هذه ، فلا يرد الثمار التي قبضها إلى المالك مادام حسن النية (م ٩٧٨ مدني) .

ب - انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص :

٣٠٢ - كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص : والمقصود هنا أن

تنتقل الحيازة في عين معينة بالذات من الحائز إلى شخص آخر . وهذا بخلاف انتقال الحيازة إلى الخلف العام فلذی ينتقل إلى الخلف العام هو مجموع من المال أو جزء من هذا المجموع كالتركة أو جزء من التركة . لا عين معينة بالذات . ويلحق بالخلف الخاص كل شخص يجب أن تنتقل إليه حيازة العين من الحائز بناء على التزام في ذمة الحائز بنقلها إليه . وكل شخص ردت إليه حيازة العين على أثر فسخ التصرف أو إبطاله أو بطلانه أو نقضه أو إلغائه أو الرجوع فيه أو زواله بأي سبب آخر ، وبوجه عام كل شخص تربط حيازته اللاحقة بالحيازة السابقة رابطة قانونية (١) .

وتنتقل الحيازة من الحائز إلى الخلف الخاص (ومن في حكمه) بالاتفاق بينهما على نقلها من الحائز إلى الخلف الخاص اتفاق يعتمده التسليم . والتسليم قد يكون تسليماً فعلياً فيكون انتقال الحيازة انتقالاً مادياً . أو تسليماً حكماً فيكون انتقال الحيازة انتقالاً معنوياً ، أو تسليماً عن طريق إتيان فيكون انتقال الحيازة انتقالاً رمزياً (٢) . وحيازة الخلف الخاص ، بخلاف حيازة الخلف العام ،

(١) ولما كان يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه كما سئى (أنظر مايل فقرة ٣٠٧) ، كذلك يجوز لمن هم في حكم الخلف الخاص أن يضموا إلى مدة حيازتهم اللاحقة مدة الحيازة السابقة ، وعلى ذلك يكون للرأى عليه المآزاد أن يضم إلى حيازته مدة حيازة المدين المحجوز عليه . ولا يتقدم أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة الشركة بينه وبين شركائه قبل الفسخ . وللموصى له أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة الموصى ومدة حيازة الورثة في الفترة ما بين وفاة الموصى وبين تسليم العين الموصى بها إلى الموصى به ، والحائز حق الانتفاع أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المالك قبل أن يتجرد من حق الانتفاع ، والبايع أو الوهاب أن يضم إلى مدة حيازته مدة فسخ البيع أو هبة أو زواج بأي سبب من أسباب الزوال مدة حيازة المشتري أو الموهوب له قبل الفسخ أو قبل الزوال (انظر في ذلك أوبري ودو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٢٥ - ص ١٣٦ - بودري ونيسيه فقرة ٣٥٦ - بلانويول وزبير ويكر ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : «تنتقل الحيازة بالاتفاق ما بين السلف والخلف . مصحوباً بانتقال السلطة الفعلية على الشيء . أو الحق في الخلف . وقد يكون انتقال الحيازة معنوياً فلا يتم تسليم مادي ، كما إذا أسلم السلف حائزاً ولكن لحساب الخلف =

تستقل عن حيازة السلف في صفاتها . فلا تكون حيازة الخلف الخاص بالضرورة
صفات حيازة السلف . وللخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة
سلفه ، وله ألا يضمها . تبعاً لمصلحته . فهذه جملة من المسائل نبحثها فيما يلي .

٣٠٣ - انتقال الحيازة إنتقال مادياً بالتسليم الفعلي : رأينا (١) أن المادة

٩٥٢ مدني تنص على أن « تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ،
وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه
الحيازة . ولو لم يكن هناك تسليم مادي لشيء موضوع هذا الحق » . وخير
تطبيق لهذا النص هو انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري ، إذ أن المشتري
يعتبر خالفاً خاصاً للبائع . لا في انتقال الملكية فحسب بل أيضاً في انتقال الحيازة ،
فالْبائع ملتزم بتسليم المبيع إلى المشتري أي بنقل حيازته إليه وقد نصت في هذا
الخصوص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ مدني على أن « يكون التسليم بوضع
المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ،
ولو لم يستول عليه إستيلاء مادياً . مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا
التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع » . ومذا هو التسليم الفعلي
للمبيع . وينتدوى كما نرى على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف
المشتري ، ويشترط لذلك أن يكون المشتري متمكناً من حيازة المبيع حيازة
يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك .
ولكن لا يشترط أن يتسلم المشتري المبيع فعلاً ، فما دام متمكناً من هذا التسليم ،
فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم (٢) . أن يخطر البائع المشتري بوضع

(مثل ذلك البائع يستأجر الشيء المبيع) . أو استمر الخلف حائزاً ولكن لحساب نفسه (مثل
ذلك المستأجر يشترى العين) . كما قد يكون انتقال الحيازة رمزياً ، كتسليم السندات المعطاة
عن البضائع الموهوبة إلى أمين القفل أو المودعة في الخزان . ولكن إذا تعارض التسليم الحقيقي
مع التسليم الرمزي . كان الأول هو المعتبر . كما إذا تسلم شخص شهادة البضاعة وتسلم آخر
البضاعة نفسها ، فالْحيازة في هذا الفرض عند الأخير « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٣)

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأموال التي تنقل ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانوناً
تثبت الحيازة فيها ووضع اليد عليها شكلياً بمجرد تسليمها بالخانة التي هي عليها . والتسليم يعتبر
تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها بدون مانع . ولو لم يتسلمها بالفعل .
ومنى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فأنهما ينفذان من اكتسبتهما حافظان حقيقيان مفيدان
أحكامهما . ومادام لم يعترض من يعترض عليه أو يزيلهما عنه وبسكنت هو المدة التي تستوجب
مبرورته بدفعه فترض حماية القانون (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة المكتب الفني
لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٥ رقم ١) .

المبيع تحت تصرفه . ولا يوجد شكل معين لهذا الخطر . فقد يكون بالندار
رسمى ، وقد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل . وقد يكون شفويا ولكن
يقع على البائع عبء إثبات أنه أخطر المشتري فعلا بوضع المبيع تحت تصرفه (١) .
فإذا كان المبيع دارا يسكنها البائع ، وجب عليه أن يخليها وأن يسلم المشتري
مفاتيحها فيمكنه من حيازتها . وإذا كان أرضا زراعية . وجب عليه أن يتركها
وأن يمكن المشتري من الاستيلاء عليها . وإذا كان منقولاً . فوضعه تحت تصرف
المشتري يكون عادة بمنأوله إياد يدا بيد . ويتبرر ذلك في المنقول في أكثر
الأحيان . وإذا كان محصولات لاتزال قائمة في الأرض أو ثمارا لاتزال فوق
الأشجار . فيخلو النافع ما بينها وبين المشتري حتى يستولى هذا عليها . وتسليم
الشيء المعين بنوعه فقط يكون بافرازه في حضور المشتري ودعوته لتسلمه .
ويقع الإفراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس . وإذا كان المبيع حق ارتفاق
كحق المرور ، فانه يسلم للمشتري بالتأخير حتى في استعمال هذا الحق . مع
تمكينه من ذلك بازالة ما قد يحول بينه وبين المرور . وقد يكون المبيع حقا
شخصيا لا حقا عينيا ، كما في حوالة الحق . وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف
المحال له بتسليمه سند الحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه . وفي
الأسهم والكمبيالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالمداولة . وفي السندات
والشيكات الإذنية يكون التسليم بالتظهير . وفي السندات الاسمية لا يتم التسليم
إلا بعد القيد في دفاتر الشركة . ويتبين من ذلك أن طريقة التسليم تتكيف
بحسب طبيعة المبيع (٢) .

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٠٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٠٧ - على أنه يلاحظ في التسليم الفعلي أنه كان ينبغي
أن ينتقل الشيء انتقالا ماديا من البائع إلى الخلف الخاص ، فلا يكتفى بتسليم الخائن للشيء بل
يجب أيضاً تسليم الخلف الخاص له . ولكن نص المادة ٩٥٢ مدني سالف الذكر صريح في أن
انتقال الحيازة يتم ولو لم يكن هناك تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق . وقد كان المشروع
التحديدي خالياً من هذه العبارة ، فأضافتها لجنة المراجعة ، وأكملتها لجنة مجلس الشيوخ (أنظر
آتفاً فقرة ٢٩٧ في الهامش) . وكان الأول ، بدلا من إضافة هذه العبارة ، أن تضاف عبارة
عكسية ، فيكون النص على الوجه الآتي : «تنتقل الحيازة من الخائن إلى غيره لما إذا انتقل على
ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ،
وسيطر عليها فعلا . فإن العبارة في التسليم الفعلي للحيازة أن تنتقل الحيازة انتقالا ماديا إلى الخلف

٣٠٤ - انتقال الحيازة انتقالاً معنوياً بالتسليم الحكيمى : رأينا (١) أن

المادة ٩٥٣ تنص على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحسابه من خلفه في الحيازة . أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » . وهنا أيضاً نورد انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري تطبيقاً جاء في الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدنى ، وتجرى على الوجه الآتى : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع . أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته لسبب آخر غير الملكية » . وهذا هو التسليم الحكيمى للمبيع . فننتقل حيازته بهذا التسليم الحكيمى انتقالاً معنوياً من البائع إلى المشتري . ويتم التسليم كما نرى بمجرد تراضى المتعاقدين ، وبتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري . ويتميز التسليم الحكيمى بذلك عن التسليم الفعلى بأنه مجرد اتفاق (convention) أو تصرف قانونى (acte juridique) غير مصحوب بعمل مادي . أما التسليم الفعلى فهو اتفاق مصحوب بعمل مادي .

وللتسليم الحكيمى صورتان :

(الصورة الأولى) أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، باجارة أو إعاره أو ودیعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع . فيكون المشتري

الخاص ، فلا يكتفى بمجرد التسليم بل يجب أن يقترن به التسليم . وهناك فرق بين تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع وبين نقله حيازته ، فلو نقل الحيازة يجب أن يستولى الخلف الخاص على الشيء . استيلاء مادياً ولا يجب ذلك في تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع . وقد سبق أن قلنا في هذا الصدد : « يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته . فقد يعتبر المشتري متسلماً للمبيع دون أن تكون له حيازته ، وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستولى عليه مادياً . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ انتقام ، إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستولى بعد على المبيع . فإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فإنه لا يستطيع التمسك بالحيازة لتمتلك المنقول ما دام لم يستولى عليه استيلاء مادياً . وإذا باع شخص منقولاً من شخصين متعاقبين ، وأعطى لكل منهما إذناً في تسلمه من المخزن الذى يوجد فيه . وسبق المشتري الثانى المشتري الأول إلى الاستيلاء الفعلى على المنقول ، فإنه يستطيع التمسك بالحيازة لذلك المبيع ، ولا يستطيع المشتري الأول أن يحتج عليه بأخذ تسلم المنقول أولاً بموجب إذن التسليم (أرى في المادة ٣٠٤ ص ٤٩ - بودوى وسينا فقرة ٢٩٨ - بلانويل وريبير وشامبل ٩ من در هامش ٢) (المرسوط : فقرة ٣٠٦ ص ٥٨٩ هامش ٣) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ٢٩٧ .

حائزاً فعلاً للمبيع وقت صدور البيع . ولا يحتاج إلى إسقاطه مادى جديد ليتم التسليم ولتنتشل الحيازة . وإنما يحتاج إلى أنه قد باع البائع على أن يبقى المبيع في حيازته . ولكن لا كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو رهن مرتين . بل كما لك له عن طريق الشراء . فتتغير نية المشتري في حيازته للمبيع وتغير صفة حيازته بعمل يصدر من الغير وهو البائع (*interversion du titre*) وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت . ويسمى هذا التسليم بالتسليم المختصر (*traditio brevi manu*)

(الصورة الثانية) أن يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع . ولكن لا كمالك فقد تجرد عن الملكية بعقد البيع . بل كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو رهن مرتين حيازة أو غير ذلك من التصرفات التي تتم بين المشتري والبائع بعد البيع وتستلزم نقل حيازة الشيء من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يسلم البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع ، ثم يعود إلى تسلمه من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبقى المبيع في يد البائع بعد أن يتفق الطرفان على أن هذا بعد تسليم من البائع للمشتري ثم إعادة الحيازة من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذى أعقب عقد البيع . ويسمى هذا الاتفاق (*consensus*) (*ressassoire*) . وتتغير صفة حيازة البائع في هذه الصورة . إذ كانت حيازة أصيلة قبل البيع فأصبحت حيازة عرضية بعد البيع بموجب هذا العقد الجديد . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة . فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياد . ومن ثم يبقى الشيء في حيازة البائع كمالك له . ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم المالك الأصلي (١) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط : فقرة ٣٠٨ من ٥٩٣ - من ٥٩٤ - وهذه صورة ثانية للتسليم الحكيم يمكن الأخذ بها في مصر دون نص ، لأنها تتفق مع قواعد العامة . وقد قررنا في هذا الخصوص : وقد أورد الشنقي المذوق لمرافق صورة ثالثة لتسليم الحكيم يمكن الأخذ بها دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فقصت الفقرة الثانية من المادة ٥٥٠ من هذا القانون على ما يأتى : « وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القيد . وقصد العامة . قام هذا القيد مقام قيد المشتري » . وتغير هذه الصورة عن صورة التسليم الحكيم المتقدم بأن فيها استقلالاً مادياً لحيازة المبيع . كما سنبين -

٣٠٥ - انتقال الحيازة إنتقالاً رمزياً عن طرفي التمسكين : رأينا (١)

أن المادة ٩٥٤ مدني تنص على أن « ١ - تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها . ٢ - على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها . وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة » . ونورد هنا تطبيقاً لهذا النص أيضاً في انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري .

نفترض أن شخصاً اشترى من آخر بضائع ، كان البائع قد عهد بها إلى أمين النقل أو أودعها في المخازن . ويتسلم صاحب البضائع عادة سندات عن البضائع ، يأخذها من أمين النقل أو من المخازن التي أودعت بها البضائع ، ليسحب بموجبها بضائعه . ففي انتقال حيازة هذه البضائع انتقالاً مادياً من البائع إلى المشتري ، يجب أولاً أن يسحب البائع البضائع من أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التي تسلمها ، ثم يسلم هذه البضائع بعد سحبها تسليمياً فعلياً إلى المشتري . أما في انتقال الحيازة إنتقالاً رمزياً . وهو الفرض الذي نحن بصدده . فبدلاً من أن يسحب البائع البضائع ثم يسلمها للمشتري . يكتفي بتسليم المشتري سندات البضائع ، فيستطيع هذا الأخير أن يقوم بسحبها بنفسه بموجب هذه السندات من أمين النقل أو من المخازن . ولكن مجرد تسليم المشتري لسندات البضائع من البائع يعد انتقالاً لحيازة البضائع إليه ، إذ أن هذه السندات متى صارت في يده أصبح صاحب الحق في سحب البضائع . ومن ثم يعتبر تسليم المشتري لسندات البضائع انتقالاً لحيازة البضائع إليه ، لأن البضائع أصبحت تحت تصرفه في يد أمين النقل أو في المخازن . وانتقال الحيازة هذا ليس إنتقالاً فعلياً بل هو انتقال رمزي ، لأن المشتري لم يتسلم البضائع تسليماً فعلياً بمجرد

= عن التسليم الفعلي بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشتري نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه في تسليم المبيع ، هو شخص تعاقد مع المشتري واستلزم التعاقد أن يقبض المبيع هو أيضاً ، كتأجير من المشتري أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن ومن حيازة أو مشتر أو موهوب له . فيعد قبض هذا الشخص الآخر قبضاً فعلياً بالنسبة إلى العقد الذي أبرمه مع المشتري . ونيفاً حكماً بالنسبة إلى عقد البيع ، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثاني « (الوسيط : فقرة

٣٠٨ ص ٥٩٢ - ص ٥٩٥) .

(١) انظر أيضاً فقرة ٢٩٧ .

تسلمه للسندات ، بل تسلمها تسليماً رمزياً ، وعليه بعد ذلك أن يتسلمها تسليماً فعلياً بسحبها من تحت يد أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التي تسلمها .

والمثلان اللذان ذكرناهما - تسلم سندات البضائع المعهود بها إلى أمين النقل وتسلم سندات البضائع المودعة في المخازن - لم يذكر في المادة ٩٥٤ مدني على سبيل الحصر بل على سبيل المثال (١) . ومن الأمثلة الأخرى . في نقل حيازة المنقول ، تسليم البائع للمشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان آخر يحتوى هذا المنقول . وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلاً في اليد ، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ماهرة في الخزانة . وكون الشيء حاصلًا فعلاً في حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي الموضوع في كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون (المدني السابق) قد نص في باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها . فإن هذا النص لا يعنى أن كل من يحمل مفتاحاً للخزانة يكون ولا بد حائزاً فعلاً لمحتوياتها . لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتماً أن حامله مسلط على الخزانة . فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً . وإلا فلا . وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأى في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ، ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (٢) .

وإذا تعارض انتقال الحيازة المادية مع انتقال الحيازة الرمزية ، كانت الأفضلية لانتقال الحيازة المادية ، لأنه أكثر واقعية من انتقال الحيازة الرمزية ، ولأن من حصل على الحيازة المادية جدير به أن يكون أكثر اطمئناناً من لم يحصل

(١) وعندما نظر مشروع المادة ٩٥٤ مدني أمام لجنة مجلس الشيوخ ، قام اعتراض على أن النص لم يورد لإحالتين من حالات التسليم ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم يردا على سبيل الحصر ، وإنما هما المثلان الغالبان في العمل (أنظر آنفاً ص ٨٧٤ هامش ١) .

(٢) نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٧ ص ٣٢٧ - وانظر التوسيط ٤ فقرة ٣٠٧ ص ٥٩١ - ص ٥٩٢ و ص ٥٩٢ هامش ١ .

إلا على حيازة رمزية . فاذا باع صاحب البضائع بضائعه . وهي في يد أمين النقل . لشخصين متعاقبين ، فإن ملكية البضائع تنتقل للمشتري الأول بموجب عقد البيع الصادر له . فاذا مات سلم هذا المشتري الأول البضائع تسليماً رمزياً بتسلمه سندات البضائع ، ولم يتسلم المشتري الثاني البضائع أصلاً ، بقيت ملكية البضائع عند المشتري الأول ، فهو صاحب البيع الأول وهو الذي تسلم البضائع . ولكن إذا تسلم المشتري الثاني البضائع ذاتها تسليماً فعلياً من أمين النقل . ولو بعد أن تسلم المشتري الأول سندات هذه البضائع . كان المشتري الثاني هو صاحب الحيازة المادية والمشتري الأول هو صاحب الحيازة الرمزية . وتعارضت الحيازتان . وعند تعارضهما تفضل الحيازة المادية كما قدمنا . فيعتبر المشتري الثاني صاحب الحيازة المادية هو الحائز للبضائع دون المشتري الأول صاحب الحيازة الرمزية . ومن ثم يكون البائع قد باع البضائع مرتين . وسلمها تسليماً فعلياً للمشتري الثاني دون المشتري الأول . فتنقل ملكية البضائع إلى المشتري الثاني . لا بموجب عقد البيع الثاني الصادر له فقد سبق هذا البيع الثاني بيع أول تنقل الملكية إلى المشتري الأول ، بل بموجب الحيازة المادية التي انتقلت إلى المشتري الثاني كما قدمنا . فتنقل هذه الحيازة المادية وحدها إليه ملكية البضائع ما دام حسن النية ، بل طبقاً للقاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المقول سند الملكية . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥٤ مدني ، كما رأينا (١) ، تأكيداً لذلك : « على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة » .

٣٠٦ - صفات الحيازة بعد انتقالها إلى الخلف الخاص : رأينا (٢) أن

الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بالصفات التي كانت عليها عند السلف ، فتكون كما كانت عند السلف حيازة عرضية أو حيازة أصلية ، مشوبة بعيب أو غير مشوبة ، مقترنة بحسن النية أو بسوء النية . ذلك بأن الحيازة عند ما تنتقل إلى الخلف العام ليست إلا استمراراً لحيازة السلف ، فكما كانت عند السلف تكون عند الخلف العام . أما الحيازة عند ما تنتقل إلى الخلف الخاص ، فإنها

(١) أنظر آتياً فقرة ٢٩٧ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٣٠٠ .

تكون حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، تتميز بصفاتها الخاصة التي قد تغاير الصفات التي كانت عليها عند السلف . ويترتب على أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة ، وليست مجرد استمرار لحيازة السلف ، أن نكون هناك حيازتان ، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص . وقد تختلفان في الصفات ، وقد تضم مدة إحداهما إلى مدة الأخرى وقد لا تضم بحسب مصلحة الخلف الخاص .

فحيازة الخلف الخاص إذن قد تختلف في صفاتها حيازة السلف . ذلك من وجوه عدة :

فقد تكون حيازة السلف حيازة عرضية ، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة أصيلة . مثل ذلك أن يكون المالك مستأجرا للعين أو مستعيرا لها أو مودعة عنده ، فتكون حيازته حيازة عرضية لأنه يحوز لحساب المؤجر أو المعير أو المودع . ثم يبيع العين . وسواء كان المشتري حسن النية أو سيئ النية فإنه كمشتري يحوز العين كمالك ، أي يحوزها لحساب نفسه . فتكون حيازته وهو خلف خاص حيازة أصيلة . في حين أن حيازة السلف حيازة عرضية (١) . وعلى العكس من ذلك قد تكون حيازة السلف حيازة أصيلة ، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة عرضية . مثل ذلك أن يؤجر المالك العين أو يعيرها أو يودعها أو يرهنها رهن حيازة ، فتكون حيازة المستأجر أو المستعير أو المودع عنده أو المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة إلى حق الملكية ، حيازة

(١) استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٧ - ولو أن السلف استبق الحيازة وأراد تحويلها من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، لوجب في هذا التحويل أن يصدر قبل من الغير أو يصدر منه هو قبل يمارض به حق المالك (interversion du titre) . أما هذا فلأننا في حاجة إلى ذلك ، لأننا نحتاج في صدد تغيير صفة الحيازة عند الحائز المرضي نفسه ، بل في صدد انتقال الحيازة من حائز عرضي إلى حائز أصيل ، فتغيرت صفة الحيازة لأعد الحائز المرضي ، بل عند خلفه الخاص فأصبح هذا حائزاً أصيلاً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحائز المرضي كالدائن المرتهن ، وإن كان لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير أو بفعل معارضة ظاهرة لحق المالك ، إلا أن هذه القاعدة لا تسري في حق خلفه الخاص كمشتري من الدائن المرتهن ، لأنه في هذه الحالة إنما يبدأ حيازة جديدة تختلف عن الحيازة العرضية التي كانت للبائع له (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٨) .

عرضية لأنه يجوز لحساب المالك . أما حيازة المالك ، وهو السلف في الحيازة ، فحيازة أصيلة تغاير في هذه الصفة حيازة الخلف الخاص وقد رأينا أنها حيازة عرضية .

وقد تكون حيازة السلف مشوبة بعيب ، كأن تكون خفية أو غامضة أو يشوبها الإكراه . فإذا انتقلت إلى الخلف الخاص ، فليس من الضروري أن يشوبها عند انتقالها هذا العيب . فقد تكون حيازة الخلف الخاص عند انتقالها إليه ظاهرة بعد أن كانت خفية عند السلف ، أو واضحة لا لبس فيها بعد أن كانت غامضة ، أو هادئة بعد أن كان يشوبها الإكراه . وعلى العكس من ذلك . قد تكون حيازة السلف غير مشوبة بعيب ، ثم يشوب حيازة الخلف الخاص عيب الإكراه أو عيب الغموض أو عيب الخفاء أو عيب عدم الاستمرار .

وقد تكون حيازة السلف مقترنة بسوء النية ، ومع ذلك يكون الخلف الخاص حسن النية في حيازته . وإذا انتقلت الحيازة إلى الخلف الخاص . فسواء كان السلف حسن النية أو سيء النية . فإنه يجب الرجوع إلى الأصل وافترض حسن النية في الخلف الخاص إلى أن يثبت العكس . وقد قررنا غير ذلك في الخلف العام . وقلنا إنه إذا كان المورث سيء النية فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بسوء النية ، ولا يفترض في الوارث أنه حسن النية إلى أن يثبت حسن نيته . لأن حيازة الوارث ليست إلا استمراراً لحيازة المورث (١) . وإذا افترض في الخلف الخاص حسن النية كما سبق القول ، فإن هذا الافتراض يبقى (٢) إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نية الخلف الخاص . وفي جميع الأحوال يعتبر الخلف الخاص سيء النية ، ولو كان يعتقد أنه تلقى الحق من صاحبه ، إذا أعلنه صاحب الحق الحقيقي في صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يحوزه قد تلقاه من غير صاحبه . فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الخلف الخاص

(١) أنظر آنفاً ص ٨٨٠ .

(٢) فإذا كان السند الذي تلقى به الخلف الخاص الحيازة من السلف سبباً صحيحاً ناقلاً للملكية كالبيع والهبة فإذا كانت المين عقاراً أمكن أن يملكها الخائر بانتقادم القصير إذ يفترض فيه حسن النية كما قد مضى ، وإذا كانت الدين منقولاً تملكها في الحال بمجرد الحيازة طبقاً للقاعدة التي تنفي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية .

يصبح هذا سىء النية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . وإذا كان السلف قد اغتصب الحيابة بالإكراه فأصبح بذلك سىء النية . فان هذا لا يمنع من أن الحيابة إذا انتقلت إلى الخلف الخاص يفترض فى هذا الأخير أنه حسن النية ، لأن حيابة الخلف الخاص مستقلة عن حيابة السلف وليست استمرارا لها كما سبق القول . وقد يكون السلف حسن النية . وننتقل الحيابة إلى خلف خاص ، يفترض فى الخلف الخاص أنه حسن النية إلى أن يثبت صاحب الحق أنه سىء النية . وليس ذلك راجعا إلى أن حيابة السلف المقترنة بحسن النية قد انتقلت على هذه الصفة إلى الخلف الخاص ، بل إن هذا يرجع إلى أن حسن النية يفترض فى الحائز ، ولما كان حيابة الخلف الخاص حيابة جديدة مبتدأة فانه يفترض فيها حسن النية . شأنها فى ذلك شأن أية حيابة أخرى .

٣٠٧ - ضم مدة حيابة السلف إلى حيابة الخلف الخاص : وقد رأينا (٢)

أن الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ مدنى تنص على ما يأتى : « ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيابته حيابة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيابة من أثر » . فبالرغم من أن حيابة الخلف الخاص حيابة جديدة مستقلة عن حيابة السلف وليست استمرارا لها كما تقدم القول ، إلا أن الخلف الخاص بالخيار بين أن يضم إلى حيابته حيابة سلفه أو أن يفصل ما بين الحياتين ويتمسك باحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعاً لما يرى له من المصلحة فى ذلك (٣) .

فللخلف الخاص أن يضم إلى حيابته حيابة سلفه ، إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، للتمسك بالتقادم (٤) ، فقد نقل له سلفه كل حقوقه على العين

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٠ .

(٤) كذلك للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيابته سلفه مدة حيابته فى حساب السنة التى يجب

أن تبقى فيها الحيابة لإمكان رفع دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٦ هامش ٤ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

٢٠٢ ص ٢١٠) .

ومنها مزايا حيازته السابقة من ناحية التقادم *(causam usucapiendi)* (١) فإذا كان السلف سىء النية وبقي حائزاً للعين مدة ثمانى سنوات مثلاً ، ثم انتقلت حيازة العين إلى خلف خاص هو أيضاً سىء النية ، فللمخلف الخاص أن يتملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقي حائزاً للعين سبع سنوات أخرى (٢) . وإذا كان السلف غير مالك للعقار ولكنه حسن النية ولديه سبب صحيح ، وبقي حائزاً للعقار مدة ثلاث سنوات مثلاً ، ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية إلى خلف خاص هو أيضاً حسن النية ، فللمخلف الخاص أن يتملك العقار بالتقادم القصير إذا هو بقي حائزاً له مدة سنتين أخريين . ولكن يشترط في ذلك أن تكون كل من الحيازتين ، حيازة السلف وحيازة المخلف الخاص مستوفية لشروط التملك بالتقادم القصير ، فيجب أن تكون كل منهما مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح (٣) . وإذا كان السلف سىء النية . وبقي حائزاً للعين مدة اثنتى عشرة سنة مثلاً . ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية إلى خلف خاص حسن النية . فنرى أن هذا المخلف الخاص يستطيع أن يستقل بحيازته . وهى مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح فيتملك بالتقادم القصير . إذا بقي حائزاً للعقار مدة خمس سنوات . ولكنه في الفرض المتقدم يفضل أن يضم حيازة سلفه سىء النية إلى حيازته هو ولو أنه حسن النية . فيتملك بالتقادم الطويل بدلا من التقادم القصير . ذلك أنه في حالة ما إذا ضم مدة حيازة سلفه وهى اثنتا عشرة سنة ، لا يحتاج إلا إلى حيازة تدوم ثلاث سنوات أخرى

(١) بودرى وتيسيه فترة ٣٥٠ ص ٢٧٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما اشترطه القانون لكسب الملكية بوضع اليد هو ثبوت قيامه مستوفياً لشرائط مدة خمسة عشر عاماً ، يتولى أن تكون كلها في وضع يد مدعى الملكية أو في وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتهما عن الخمسة عشر عاماً بغير حاجة لبيان مدة وضع يد كل واحد منهما وبغير حاجة إلى النظر في مستندات ملكيتهن . ولا يهم لذلك أن تكون عقود الملكية مجبلة أو غير مجبلة ، رسمية أو غير رسمية ، كما لا يهم أن تقدم تلك العقود إلى المحكمة أو ألا تقدم لسبب أو لآخر (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٢ ص ١٤٨٧) .

(٣) ديرانتون ٢١ فقرة ٢٤١ - أوبرى دزو ٢ فقرة ١٨١ هامش ١١ وفترة ٢٤٨

هامش ٢٧ - بقنوار ص ٢٨٢ و ص ٢٤٢ - جيوار فقرة ٥٨٢ - بودرى وتيسيه فقرة

يستكمل بها مدة انتقادم الطويل . أما في حالة ما إذا أراد التملك بالنية القصير ، فإنه لا يستطيع أن يضم مدة حيازة سلفة سى' النية إلى مدة حيازته وهو حسن النية . فلا بد إذن من إسقاط مدة حيازة سلفة والتعويل على حيازته وحدها ، فيحتاج إلى حيازة تدوم خمس سنوات بدلاً من ثلاث سنوات ، للتملك بالتقادم القصير . وإذا فرضنا العكس وكان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح ، ولكنه لم يخز العقار إلا مدة ثلاث سنوات فقط ، ثم نقل حيازته إلى خلف خاص سى' النية يعلم أن العقار ليس مملوكاً لسلفه . فإن الخلف الخاص لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم القصير لأنه سى' النية . ولكنه يستطيع أن يملك العقار بالتقادم الطويل . فإذا هو حازه مدة اثنتى عشرة سنة . استطاع أن يضم إليها مدة حيازة سلفه حسن النية وهى ثلاث سنوات . فيتمكّل بها مدة التقادم الطويل (١) .

وللخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازه سلفه وحيازته هو ، ويتمسك باحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعاً لمصلحته . فقد تكون له مصلحة في أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها ، ويسقط حيازته هو من الحساب . ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح . وكان الخلف سى' النية . فإذا كانت مدة حيازة السلف المقرنة بحسن النية بلغت خمس سنوات ، وبلغت مدة حيازة الخلف الخاص المقرنة بسوء النية مدة خمس سنوات أخرى ، فإن من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها وأن يسقط حيازته هو . وذلك لأن حيازة سلفه بلغت خمس سنوات وهى مقرنة بحسن النية والسبب الصحيح . وهذا كاف لتملك العقار بالتقادم القصير . فلا يكون الخلف الخاص في حاجة إلى التمسك إلا بحيازة السلف هذه ، فتخلص له ملكية العقار نقلاً عن سلفه كما خلصت له حيازته . أما إذا أراد أن يتمسك بمدة حيازته المقرنة بسوء النية ، فهو لا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل ، ولو ضم مدة حيازة سلفه وهى خمس سنوات إلى مدة حيازته وهى خمس سنوات أخرى ، لتقصه خمس سنوات ثالثة حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم الطويل . ونرى من ذلك أن من مصلحة الخلف الخاص في هذا المثل ألا يتمسك

بجيازته هو ، وأن يقتصر على التمسك بجائزة سلفه وحدها (١) ، وقد تكون له مصلحة على العكس من ذلك في أن يتمسك بجيازته هو وحدها ، وأن يسقط جيازة سلفه . ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف سى النية ، وحاز العقار لمدة ثلاث سنوات ، ثم نقل جيازته بسبب صحيح إلى خلف خاص حسن النية بقي حائراً له مدة خمس سنوات . فهنا يستطيع الخلف الخاص أن يملك العقار بالتقادم القصير ، إذ أنه قد حازه خمس سنوات ولديه السبب الصحيح وحسن النية . ولا يحتاج في ذلك إلا إلى التمسك بجيازته هو دون جيازة سلفه . أما إذا أراد ضم جيازة سلفه سى النية ، فلا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل . ولما كانت مدة جيازة سلفه ثلاث سنوات ومدة جيازته هو خمس سنوات ، فإنه بذلك ينقصه سبع سنوات أخرى حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل . ونرى من ذلك أن مصلحة الخلف الخاص في هذا المثل ، بخلاف المثل السابق ، هي في أن يتمسك بجيازته هو وحدها وأن يسقط جيازة سلفه . ولو أن السلف سى النية كانت مدة جيازته اثني عشرة سنة ، بدلا من ثلاث ، وكانت مدة جيازة الخلف الخاص ثلاث سنوات أخرى ، بدلا من خمس ، لكان من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بجيازة السلف سى النية فيضمها إلى مدة جيازته ، ويستكمل بها خمس عشرة سنة ، ويتمسك بالتقادم الطويل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٨٩٤-٨٩٥ وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٣ ص ٢٧٤-٢٧٥ هـ رست المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لما قدمناه ، وأوجزته في العبارات الآتية : «وقد يكون من تنتقل إليه الجائزة خلفاً خاصاً ، كشتري من الحائز تنتقل إليه جيازة المبيع ، والمشتري في هذه الحالة أن يضم إلى مدة جيازته مدة جيازة البائع . فإن كانا حسن النية معاً أوسى النية معاً ، كان ضم المدد على أساس أن الجائزة بحسن نية أو بسوء نية على حسب الأحوال . وإن كان البائع سى النية والمشتري حسن النية ، فالضم يجوز على أسوأ الفرضين أى على أساس سوء النية ، كما إذا كان البائع قد حاز مدة اثني عشرة سنة والمشتري مدة ثلاث سنوات . فلا يستطيع المشتري التمسك بالتقادم القصير ، إذ لا يجوز له أن يكلل المدة التي حاز فيها بحسن نية إلى خمس سنوات . ولكن يستطيع التمسك بالتقادم الطويل ، إذ يجوز له أن يعتبر جيازته كما لو كانت جيازة بسوء نية ، فيكمل مدتها إلى خمس عشرة سنة بضم مدة سلفه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣) .

§ ٢ - زوال الحيازة

(Perte de la possession)

٣٠٨ - مرسوم قانونية : تنص المادة ٩٥٦ مدني على ما يأتي :

تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى .

وتنص المادة ٩٥٧ مدني على ما يأتي :

١ - لا تنقضي الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقفي .

٢ - ولكن الحيازة تنقضي إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئاً من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علناً ، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية « (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٥ - ٩١٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٠ - ٩٦١ - وفي التقنين المدني الوافي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٦ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « إذا فقد الحائز الشيء دون أن يحوزه شخص آخر ، كان له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته مادام لم يفقد الأمل في النور على المنقود » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٣١ في المشروع النهائي ، بعد حذف الفقرة الثانية « لأنها تطبق للقواعد العامة » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٤ - ص ٤٦٥) .

م ٩٥٧ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٢ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه في تقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٩ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٨) .

(٢) انتقينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩١٥ - ٩١٦ (مطابق) .

ونخلص من هذه النصوص أن الحيابة تزول بزوال عنصرها المادى ، وهو السيطرة الفعلية على الحق الذى يستعمله الحائز . ثم إن الحيابة تزول أيضاً بزوال عنصرها المعنوى ، وهو قصد الحائز أن يستعمل الحق لحساب نفسه ، إذ أن الحيابة متى فقدت أحد عنصرىها ، المادى أو المعنوى ، تكون قد فقدت أحد مقوماتها فتزول . ومن باب أولى تزول الحيابة إذا فقدت العنصرين معاً ، العنصر المادى والعنصر المعنوى (١) . ويلاحظ أن انتقال الحيابة إلى خلف خاص ينطوى على معنى زوال حيابة السلف ، فقد قدمنا أن الحيابة إذا انتقلت إلى خلف خاص تكون حيابة جديدة مستقلة عن حيابة السلف ، ومعنى ذلك أن حيابة السلف قد زالت وبدأت حيابة جديدة هي حيابة الخلف الخاص . وهذا بخلاف انتقال الحيابة إلى الخلف العام ، فإن حيابة الخلف العام ليست حيابة جديدة ، بل هي استمرار حيابة السلف (٢) .

فنبحث إذن ، فى زوال الحيابة ، المسائل الآتية : (١) زوال الحيابة بفقد عنصرىها المادى والمعنوى . (٢) زوال الحيابة بفقد عنصرها المادى وحده . (٣) زوال الحيابة بفقد عنصرها المعنوى وحده .

٣٠٩ - زوال الحيابة بفقد عنصرىها المادى والمعنوى : تزول الحيابة

بداية إذا فقد الحائز عنصرىها المادى والمعنوى معاً ، فقد عنصر السيطرة المادية وعنصر قصد استعمال الحق لحساب نفسه . ويتحقق ذلك فى أحد فرضين :

(الفرض الأول) بإرادة الحائز متطابقة مع إرادة خلفه الخاص فى الحيابة . فيتفق الحائز مع خلفه الخاص على أن ينقل له حيابة الحق الذى يستعمله ، وتنتقل الحيابة فعلاً إلى الخلف الخاص بناء على هذا الاتفاق . فهنا قد فقد الحائز عنصر السيطرة المادية على الحق وعنصر قصد استعماله لحساب نفسه ،

= التقنين المدنى الليبى م ٩٦٠ - ٩٦١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبنانى لا مقابل .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « يفقد الحائز الحيابة إذا فقد عنصرىها المادى والمعنوى . أوفقد أحد العنصرين دون الآخر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٧) .

(٢) نشر آتياً ص ٨٩٠ .

فقد الحيازة بفقد عنصرها . وبدأ الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، فإن هذه الحيازة السابقة قد زالت بفقد عنصرها كما تقدم القول . وقد سبق الكلام في هذا في أحكام انتفاء الحيازة إلى الخلف الخاص ، فنحيل إلى ما قدمناه في ذلك (١) .

(الفرض الثاني) بارادة الحائز وحده . فيتخلى الحائز عن حيازة الشيء وهذا التخلي (abandon) هو تخل من الحائز عن كل من السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب نفسه . أى تزول عن العنصرين المادى والمعنوى . فإذا كان الشيء عقارا ، زالت الحيازة دون أن تزول الملكية . وإذا كان الشيء منقولا ، زالت الحيازة والملكية معاً متى كان قصد الحائز من التخلي عن الحيازة هو التخلي عن الملكية . وتنص المادة ١٨٧١ / ١ مدنى في هذا المعنى على أن « يصبح المنقول لا مالك له . إذا تخلى عنه مالكه بقصد التزول عن ملكيته » . فإذا ألقى شخص في الطريق أو في سلة المهملات شئاً في الطريق منقولا لم يعد ذا نفع له ، أو حفر خندقاً في أرضه أو طهر ترعة أو مصرفاً فالتى بالطين والأتربة التى تستخرج من باطن الأرض على قارعة الطريق . أو ألقى بمخلفات منزله في صناديق القمامة . فإن هذه المنقولات تسمى بالمنقولات المروكة (res derelictae) . وتصبح سائبة لا مالك لها . بعد أن تخلى المالك عن حيازتها بقصد التزول عن ملكيتها (٢) .

٣١٠ - زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى وعدمه : وقد يفقد الحائز

السيطرة المادية على الحق الذى يستعمله ، فيفقد حيازته . ولو استبقى العنصر المعنوى وهو قصد استعمال الحق ، فإن قصد استعمال الحق لا يجديه شيئاً إذا هو فقد استعماله فعلاً أى فقد السيطرة عليه (٣) . ويفقد الحائز السيطرة المادية على الحق إذا : صبب الغير منه الشيء محل الحق عقاراً كان أو منقولا . أو سرقة منه أو ضاع إذا كان منقولا . مثل ذلك أن يفتصب الغير من الحائز الأرض التى فى حيازته ، أو يسرق متاعاً له ، أو يضيع من الحائز مجوهرات يملكها

(١) انظر آتفاً فقرة ٢ - ٢ - بقرة ٣٠٧

(٢) انظر آتفاً فقرة ١٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٢ - بلانجيل وديريه

ويكاز ٣ فقرة ١٥٠ .

(٣) أويرى ورو ٢ فقرة ١٥٩ ص ١١٦ .

أو يتسرب حيوان كان في حيازته . ففي هذه الفروض يفقد الحائز الحيازة بفقده السيطرة المادية ، مهما استبقى العنصر المعنوي واحتفظ بالتقصد ، فان عنصرا من عنصري الحيازة قد فقد فتزول بفقده الحيازة (١) . وتقول المادة ٩٥٦ مدني ، كما رأينا (٢) ، في هذا المعنى : « تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى » . وبلاحظ أن تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية يتضمن تخليه أيضا عن عنصر التقصد ، فتزول الحيازة بفقد عنصرها المادي والمعنوي معاً . ولكن في غير التخلي ، إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية أي العنصر المادي وحده ، فانه يفقد الحيازة بفقده أحد عنصرها . ففي حالة اغتصاب الأرض يكون الحائز هو المنتصب ، وهو يتبدى حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة التي زالت بفقد عنصرها المادي (٣) . والحائز ، في حالة السرقة ، هو اللص ، وهو أيضا يتبدى حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة التي زالت بفقد عنصرها المادي . أما إذا ضاع الشيء أو تسرب الحيوان ، دون أن يعثر عليه أحد فيحوزه ، فان حيازته تزول أيضا بفقد عنصرها المادي . ولكن الشيء الضائع أو الحيوان المتسرب لا يكون في حيازة أحد ، وإن بقي في ملكية الحائز السابق وبقي هذا محتفظا بعنصر التقصد . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٥٦ مدني يتضمن فقرة ثانية تقرر حكماً غير هذا الحكم ، إذ كانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا فقد الحائز الشيء دون أن يحوزه شخص آخر ، كان له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته ، ما دام لم يفقد الأمل في العثور على المفقود » (٤) وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لأنها تطبق للقواعد العامة » (٥) ، والصحيح أن حكم هذه الفقرة المحذوفة يخالف القواعد العامة ، فان الحيازة متى فقدت عنصرها المادي تزول ولو استبقى الحائز عنصر التقصد وهو العنصر

(١) بودري وتبييه فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٣٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٧٩

ص ١١٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٥٠ ص ١٦٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٨ .

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٤٩٧ .

(٥) أنظر آنفاً ص ٨٩٧ هامش ١ .

المعنوى . وقد كان المقصود بإيراد هذه الفقرة في المشروع التمهيدى أن تكون استثناء من القواعد العامة ، لا تطبيقاً لها . أما وقد حدثت ، فلم يعد بعد مجال لهذا الاستثناء . ويجب اعتبار من أضاع شيئاً أنه قد حيازته ، وليس له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته (animo solo) . ولو لم يفقد الأمل في العثور على المفقود (١) .

والاستثناء من القاعدة التى تقضى بزوال الحيازة بفقد عنصرها المادى هو ما أوردته الفقرة الأولى من المادة ٩٥٧ مدنى . إذ تقول كما رأينا (٢) : « لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقى » . والمفروض هنا أن المانع الذى حال دون مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعى أو قوة قاهرة ، وأنه مانع وقى زواله مترقب ، وذلك كفيضان غمر الأرض لمدة موقوته ولا يلبث أن ينحسر فتعود الحائز الأرض السيطرة المادية عليها . فلا تعتبر الحيازة في هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة المادية فقدنا موقتنا بقوة قاهرة ، ويبقى الحائز على حيازته للأرض حتى في أثناء المدة التى غمرها الفيضان فيها . أما إذا غمر الأرض البحر أو النهر لمدة غير موقته ، فإن الحائز للأرض يكون قد فقد السيطرة المادية عليها ، ومن ثم يفقد الحيازة (٣) .

(١) عبد المنعم فرج الصدة ٣٦٨ ص ٥٦٢ هامش ١ - وقارن محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٧ ص ١٣١ - ١٣٢ و فقرة ٨٦ ص ١٥٠ - منصور مصطلح منصور فقرة ١٦٥ ص ٣٩٣ - أما إذا وضع شخص شيئاً في منزله أو في مكان ، ثم نسي أين وضعه ، فإنه لا يفقد حيازته ولا يعتبر أنه فقد السيطرة المادية عليه بمجرد نسيان المكان الذى وضعه فيه ، ذلك أن الشيء لا يزال في حوزته ، وإذا تذكر مكانه بعد ذلك وأخذه ، فإن حيازته له تعتبر غير منقطعة (بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٦) .

وفي فرنسا يميز القضاء بين المنقول والعقار . ففي المنقول تجرى القواعد العامة ، ويفقد الحائز الحيازة إذا فقد العنصر المادى وحده . أما في العقار ، فيجوز أن يستبقى الحائز الحيازة بمحض نيته (animo solo) ، ولو فقد العنصر المادى . ويشترط لذلك ألا يكون شخص آخر قد استول على العقار وحازَه لمدة لا تقل عن سنة (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيرة ١٩٤٩ - ١ - ٤٥ - ١١ يناير سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ١٢٥) . وانظر مازو فقرة ١٤٧٢ - مارق ورينو فقرة ١٨ - كاربوفيه ص ١٣١ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Possession فقرة ٢٧ - وقرب عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٦٨ ص ٥٦٤ - ص ٥٦٥ .

(٢) أنظر آبنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٣) ديمولومب ١٠ فقرة ١٧٤ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٢٩ ص ١١٧ - بودرى

وتيسيه فقرة ٢٣٤ .

وإذا كان الشيء عقارا واغتصبت حيازته بعلم الحائز أو دون علمه ،
 فالأصل كما قدمنا أن يفقد الحائز للعقار السيطرة المادية عليه فيفقد الحيازة .
 ولكنه مع ذلك يجوز أن يسترد حيازة العقار بدعوى استرداد الحيازة طبقا
 لقواعدها التي سيأتي بيانها ، ومن هذه القواعد أن يرفع دعوى الاسترداد في
 خلال سنة من وقت حيازة المقتصب الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت
 علم الحائز بالحيازة الجديدة إذا بدأت خفية . فان استرد الحائز حيازته على هذا
 الوجه ، إعتبر مستبقيا للحيازة بأثر رجعي حتى في أثناء المدة التي اغتصبت فيها
 منه الحيازة . أما إذا لم يستردها في خلال السنة ، فان الحيازة تزول من وقت
 أن اغتصبها المقتصب ، وذلك بسبب فقد عنصر السيطرة المادية . وتقول الفقرة
 الثانية من المادة ٩٥٧ مدني كما رأينا (١) في هذا المعنى : « ولكن الحيازة تنقضي
 إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئا من حيازة جديدة وقعت رغم
 لإرادة الحائز أو دون علمه . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذي بدأت فيه
 الحيازة الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت
 خفية (٢) » .

وتزول الحيازة أيضا بفقد عنصرها المادي وهو عنصر السيطرة المادية ،
 إذا هلك الشيء ، أو إذا دخل في الأملاك العامة (الدومين العام) (٣) .

٣١١ - زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوي وحده : وتزول الحيازة

أخيرا بفقد عنصرها المعنوي وحده ، مع بقاء عنصرها المادي وهو السيطرة
 الفعلية . ويتحقق ذلك فيما إذا كان فقد الحائز عنصر القصد في أن يجوز الشيء
 لحساب نفسه فيفقد بذلك العنصر المعنوي للحيازة ، مع استبقائه السيطرة المادية
 على الشيء فيستبقى العنصر المادي ، وإن كان يستبقيه نيابة عن من انتقل إليه

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « كذلك إذا انتقل العنصر المادي
 لشخص آخر ، ولكن انتقاله كان خلسة أو بالإكراه ، فان الحائز لا يفقد الحيازة إلا إذا
 مضت سنة كاملة من الوقت الذي علم فيه بانتقال العنصر المادي (مجموعة الأعمال التحضيرية
 ٦ ص ٤٦٧) . وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٦ - ص ١١٧ .

(٣) أوبري ودرود ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠

شيء . وأكثر ما يكون ذلك فيما إذا باع شخص شيئاً . واتفق مع المشتري على أن يستبقه عنده لحساب المشتري (*Arclambault et Senly*) . فهذا يكون البائع قد استبقى السيطرة المادية على المبيع نيابة عن المشتري . وفقد العنصر المعنوي فلم يعد يحوز المبيع لحساب نفسه بل لحساب المشتري . وعلى ذلك يفقد الحيازة الأصلية لأنه فقد عنصرها المعنوي . وتنقلب حيازته إلى حيازة عرضية (١) .

للبحث الثاني

حماية الحيازة في ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية

المطلب الاول

حماية الحيازة في ذاتها

(دعاوى الحيازة الثلاث) *

٣١٢ - **مهام دعاوى الحيازة** : لدعاوى الحيازة خصائص

تتميز بها ، فهي : (أولاً) دعاوى تحمي الحيازة في ذاتها . (ثانياً) دعاوى تحمي حيازة العقار دون حيازة المنقول . (ثالثاً) دعاوى تحمل طابع الاستعجال فتدخل في اختصاص القاضي الجزئي .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠ ص ١٦٨ .

• مراجع : Arclambault et Senly في القاموس المعنى لدعاوى الحيازة وإقامة الحدود جزآن سنة ١٨٨٩ - سنة ١٨٩٠ - Bagenet في دعاوى الحيازة وصلتها بالقانون المدني طبقاً لقضاء محكمة النقض سنة ١٩٢٣ - Raviart في دعاوى الحيازة وإقامة الحدود العامة الخامسة سنة ١٩٢٩ - Laplatte في دعاوى الحيازة وإقامة الحدود سنة ١٩٤١ .

رسائل : Bourcart في دعاوى الحيازة باريس سنة ١٨٨٠ - Birague d'apremont في دعوى منع التعرض باريس سنة ١٩٠٢ - Lecourt في التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة Caen سنة ١٩٣١ - arc في حماية الحيازة في حقوق الارتفاق سنة ١٩٣٤ - Gilles في دعوى استرداد الحيازة سنة ١٩٣٦ - Steinhel في التعرض التأم عن تصرف قانوني في دعاوى الحيازة ستراسبورج سنة ١٩٣٨ - Durif في حماية الحيازة في العقار ستراسبورج سنة ١٩٤٢ - Lafage في دعوى منع التعرض في حقوق الارتفاق غير المستمرة وفي حقوق الاستعمال في الريف بواتيه سنة ١٩٤٢ .

٣١٣ - (أولاً) دعاوى الحيازة تحمى الحيازة في ذاتها : فهذا

الدعاوى إنما جعلت لحماية الحيازة في ذاتها ، دون نظر إلى ما إذا كان الحائز يملك الحق الذي يحوزه أولاً يملكه . فالحائز لأرض ، أى الحائز لحق الملكية في هذه الأرض ، تحميه دعاوى الحيازة . ولا يطلب منه ، في مباشرته لهذه الدعاوى ، إلا أن يثبت حيازته للأرض بالشروط الواجب توافرها في الحيازة على الوجه الذي سبق أن بسطنا . فلا يطلب منه أن يثبت أنه مالك للأرض ، فالملكية تكون محلاً لدعوى الاستحقاق ، وهى دعوى ملكية لا دعوى حيازة تتميز ، على خلاف دعوى الحيازة ، بإجراءات طويلة معقدة ، وبطرق إثبات تزيد كثيراً في الصعوبة والعسر على طرق إثبات الحيازة . وسواء كان الحائز للأرض مالكا لها أو غير مالك ، فإنه متى أثبت حيازته للأرض كان له أن يحمى حيازته هذه بدعاوى الحيازة فيستطيع أن يسرد حيازته ، إذا كانت قد انتزعت منه عنوة أو خلصة ، بدعوى استرداد الحيازة . وإذا لم تنتزع منه الحيازة ، ولكنها تعرضت للاعتداء أو التهديد ، فإنه يستطيع أن يدفع عنها الاعتداء أو التهديد بدعوى منع التعرض . وإذا لم تتعرض حيازته للاعتداء أو التهديد ، ولكنها توشك أن تتعرض لذلك من جراء أعمال بدىء بها ولما تم ، فإنه يستطيع أن يطلب وقف هذه الأعمال بدعوى وقف الأعمال الجديدة .

وما قلناه في حق الملكية يقال في الحقوق الأخرى التى تكون محلاً للحيازة . فدعاوى الحيازة تحمى حائز حق الانتفاع أو حائز حق الارتفاق أو حائز حق رهن الحيازة أو حائز حق المستأجر . فلا يطلب من الحائز لأحد هذه الحقوق إلا أن يثبت حيازته لهذا الحق ، فتحمى حيازته دون أن يطلب منه أن يثبت أنه صاحب هذا الحق فعلاً . ومن ثم يستطيع أن يسرد حيازته للحق بدعوى استرداد الحيازة ، وأن يرفع عنها الاعتداء والتهديد بدعوى منع التعرض ، وأن يطلب وقف الأعمال الجديدة التى توشك أن تهدد حيازته بدعوى وقف الأعمال الجديدة .

٣١٤ - (ثانياً) دعاوى الحيازة تحمى حيازة العقار دون حيازة المنقول :

ودعاوى الحيازة لا تحمى حيازة المنقول ، فالمنقول ليس له كالعقار مستقر ثابت يتيسر معه تمييز الحيازة عن الملكية في شأنه . فبد الحائز للمنقول يختلط بيد

المالك ، ومن ثم اختلطت الحيازة في المنشول بالملكية ، وحث دعوى الملكية حيازة المنقول وملكيته معاً ، إذ أصبحت الحيازة في المنقول إذا اقترنت بحسن النية هي نفسها سند الملكية . هذا إلى أن دعاوى الحيازة قد نشأت كما سنرى في القانون الفرنسي القديم ، حيث كان المنقول على خلاف العقار غير ذي خطر ، فلم يستأهل أن تكون حمايته في حيازته مستقلة عن حمايته في ملكيته (*mobiliu possessione vilis*) (١) .

وكما لا يحمى المنقول بدعاوى الحيازة ، كذلك لا يحمى المجموع من المال (*universalité*) كالتركة . فالخاتمة للمجموع من المال كالوارث إنما يحمى في حيازته لعقار معين من هذا المجموع ، ولا يحمى في حيازته لمجموع المال ذاته إذ المجموع من المال لا يقبل الحيازة (٢) .

ودعاوى الحيازة إنما تحمي حيازة العقار المعين بالذات ، وحماية جميع الحقوق العينية التي تقع على العقار مما يكون قابلاً للحيازة . وعلى ذلك تحمي هذه الدعاوى : (١) حيازة العقار ، أى حيازة حق الملكية في العقار ، إذا كان العقار قابلاً للحيازة . فإذا كان العقار داخلاً في الدومين العام ، فإنه لا يكون في الأصل قابلاً للحيازة ، وكان ينبغي ألا يكون هناك مجال في شأنه لدعاوى الحيازة (٣) . ولكن القضاء في فرنسا جرى على حماية الشخص العام ، في حيازته للعقار الداخلة في الدومين العام ، ضد أعمال التعرض والاعتصاب الصادر من

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٧٥ وهامش ٢ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ١٨٤ - عل أن هناك استثناء نرى فيه حيازة المنقول تحمي دعاوى الحيازة وهذه هي حيازة حق المستأجر . فحق المستأجر ، ولو كانت العين المؤجرة عقاراً ، يعتبر منقولا (الوسيط ٨ فقرة ١٠٨ ص ٢٠١) . ومع ذلك فهناك نص صريح يقضي بجواز أن يحتج المستأجر في حيازته لحقه ، إذا كانت العين المؤجرة عقاراً طبعاً ، بدعاوى الحيازة ، إذ تنص المادة ٥٧٥ / ١ مدق على أنه «لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي إذا صدر من أجنبي مادام التعرض لا يدعى حقاً ، ولكن هذا لا يخل بمصلحة المستأجر من الحق في أن يرفع باسمه على المتعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد» .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٧٥ هامش ٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقر

١٨٤ ص ١٩٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٨ - ٢٤ مارس سنة ١٨٩٧

الغير . بل إنه يحمي كل من حصل من الأفراد على ترخيص في الانتفاع بالعقار الداخِل في الدومين العام ، في حيازته لهذا العقار ، بجميع دعاوى الحيازة ضد الغير (١) ، فيما عدا الجهة الإدارية التي منحتة الترخيص . أما حيازة العقار المملوك للشخص العام ملكية خاصة فتحمي بداهة بجميع دعاوى الحيازة ، شأنها في ذلك شأن أى عقار مملوك للأفراد (٢) . (٣) حيازة حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ، إذا تعلقت هذه الحقوق بعقار . (٤) حيازة حقوق الارتفاق ، في الحدود التي تقبل فيها هذه الحقوق الحيازة ، أى حقوق الارتفاق الظاهرة (م ١٠١٦ / ٢ مدني) (٥) . (٦) حيازة حق الحكر . (٧) حيازة حق رهن الحيازة إذا تعلق بعقار (٨)

٣١٥ - نالنا دعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال فذرهل في

اختصاص القضي الجزئي : ودعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال . إذ هي لا تتعرض للملكية كما قدمنا بل تقتصر على مجرد حماية الحيازة في ذاتها . فاجراءاتها غير طويلة وغير معقدة كدعاوى الملكية ، وهي قريبة الشبه بالدعاوى المستعجلة التي لا يجوز التعرض فيها للموضوع . ولذلك تدخل دعاوى الحيازة ، كالدعاوى المستعجلة ، في اختصاص القاضي الجزئي أيا كانت قيمة العقار ، ولو زادت هذه القيمة على نصاب هذا القضاء . وتنص المادة ٤٧ مرافعات

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٦٨ - وانظر بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٨٦ .
وتحمي دعاوى الحيازة أيضاً حيازة المنشآت القائمة في الأرض ، بناء كانت أو غراساً ، إذا كانت ملكية هذه المنشآت مستقلة عن ملكية الأرض ، إذ تعتبر في هذه الحالة عقاراً مستقلاً عن الأرض ، وتحمي حيازتها كما تحمي حيازة الأرض نفسها (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٧٨) .

(٣) ويلحق بحقوق الارتفاق ، فيحمي بدعاوى الحيازة ، القيود الواردة على الملكية ، وهي القيود المتعلقة بالرى والصرف من شرب ومجرى ومسل ، من المرور ، والمطلات . فإذا حصل الجار في الحدود التي رسمها القانون على حق الشرب من ماء جاره ، أو حق المرور في أرض جاره ، أو نفع مطلق على عقار جاره ، فإنه يستطيع أن يحمي حيازته بجميع دعاوى الحيازة . (٤) ويجوز حماية حق المستأجر بدعاوى الحيازة ، ولو أن هذا الحق حق شخصي ، شرط أن يكون متعلقاً بعقار .

في هذا الصدد على أن تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائياً في :
 (١) دعاوى الحيازة . (ب) طلب التعويض عن سلب الحيازة أو التعدي عليها
 إذا رفع بالتبعية لدعوى الحيازة (١) . هذا من ناحية الاختصاص النوعي ،
 ومن ناحية الاختصاص المحلي تختص بنظر دعاوى الحيازة المحكمة الجزئية الواقع
 في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً في دوائر محاكم متعددة
 (م ١ / ٥٦ مرافعات) . وتستأنف الأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية في
 دعاوى الحيازة ، ولو لم تزد قيمة العقار على النصاب النهائي للقاضي الجزئي ،
 أمام المحكمة الابتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية التي أصلت هذه الأحكام .

ويعتبر اختصاص القضاء الجزئي بنظر دعاوى الحيازة (الاختصاص
 النوعي) من النظام العام . فإذا رفعت دعوى الحيازة إلى غير القضاء الجزئي ،
 جاز لكل خصم أن يدفع بعدم الاختصاص في أية حالة كانت عليها الدعوى ،
 ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، بل ولأول مرة أمام محكمة النقض ،
 ويجوز للمحكمة أن تقضى بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها . أما الاختصاص
 المحلي فلا يعتبر من النظام العام ، ويجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص المحلي

(١) ولم يورد المشروع الجديد لتقنين المرافعات مقابلاً للمادة ٤٧ مرافعات ، مع أنه
 عرض لدعاوى الحيازة في المادة ٤٤ منه دون أن يجعل هذه الدعاوى من اختصاص القضاء الجزئي .
 وبالرغم من أنه لم يرد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع شيء يبين العلة التي من أجلها لم
 ينص المشروع على اختصاص القضاء الجزئي بنظر دعاوى الحيازة ، إلا أنه يبدو أن عدم إيراد
 نص في هذا المعنى متعمد . وذلك معناه أن الاختصاص بنظر دعاوى الحيازة تتبع في شأنه القواعد
 العامة في الاختصاص النوعي الواردة في المشروع الجديد ، فيختص القضاء الجزئي بنظر هذه
 الدعاوى إذا كانت قيمة العقار لا تتجاوز خمسمائة جنيه ، ويكون حكمه انتهايياً إذا لم تتجاوز
 قيمة العقار مائة وخمسين جنيهاً ، فإن زادت القيمة عن هذا المقدار جاز استئناف الحكم أمام
 المحكمة الابتدائية وعندئذ لا يكون الحكم النهائي الصادر من المحكمة الابتدائية قابلاً للطعن فيه بالنقض .
 وإذا زادت قيمة العقار على خمسمائة جنيه كانت المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر دعاوى
 الحيازة ، وتستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف وعندئذ تكون الأحكام النهائية الصادرة
 من محكمة الاستئناف قابلة للطعن فيها بالنقض . ولعل هذا هو السبب الذي دعا واضع المشروع
 الجديد لتقنين المرافعات إلى الانحراف عن التقاليد المستقرة في جعل دعاوى الحيازة من اختصاص
 القضاء الجزئي ، إذ يبدو أنهم أرادوا أن يفتحوا باب النقض لهذه الدعاوى عن طريق الطعن
 في الأحكام النهائية التي تصدر فيها من محاكم الاستئناف .

قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى وإلا سقط الحق فيه ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها اختصاصا محليا بنظر دعوى الحيازة . ولا يجوز من المدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لحصمه ، وكذلك لا يجوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه (م ٤٨ / ٢ و ٣ مرافعات وسيأتى بيانها) .

ويختص القضاء الجزئى كما رأينا (م ٤٧ ب مرافعات) بالنظر فى طلب التعويض عن سلب الحيازة أو التعدى عليها إذا رفع بالتبعية لدعوى الحيازة ، أيا كان مقدار التعويض المطلوب ولو جاوز نصاب القاضى الجزئى . ويكون حكمه فى ذلك قابلا للاستئناف أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم ، ولولم يزد مقدار التعويض المطلوب على النصاب النهائى للقاضى الجزئى . ويختص القضاء الجزئى كذلك بالنظر فى طلب الحكم بالغرامة التهديدية (astreintes) (١) .

٣١٦ - الأصل التاريخى لدعوى الحيازة : يبدو أن دعاوى الحيازة لا نمت بأصلها إلى القانون الرومانى ، إذ ليست لها صلة بما كان يسمى عند الرومان (interdicts) وإن حاول البعض دون جدوى إرجاع أصلها إلى ذلك (٢) .

والظاهر أن أصل هذه الدعاوى يرجع إلى القانون الكنسى (droit canonique) ، وقد ظهرت فى العصور الوسطى فى صورة دعاوى ثلاث : دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة .

وأقدم هذه الدعاوى دعوى استرداد الحيازة ، وقد ورد ذكرها فى نصوص القانون الكنسى ، واستخلص منها فقهاء هذا القانون دعوى

(١) نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٤١٢ - وانظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٧ .

(٢) أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٥ ص ١٩٣ هامش ٥ .

(actiospolii) ودفعاً (exceptio spoli) لحماية من انتزعت منه الحيازة بالإكراه . وتلت هذه الدعوى دعوى منع التعرض ، وقد ظهرت في القرن الثالث عشر في العادات القديمة (coutumes de Beauvoisis de Baumanoir) لحماية من يقع له تعرض في حيازة تدوم سنة كاملة . ثم ظهرت دعوى وقف الأعمال الجديدة ، وقد صيغت على غرار دعوى رومانية (nuncatio novi operis) لحماية حائر العقار من أعمال جديدة يقوم بها جاره وتوشك أن تهدد حيازته . وقد أدمجت دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض . منذ القرن الرابع العاشر في دعوى واحدة (complainte en cas de saisine et de nouvelleté) . ولكن القانون الفرنسي الحديث رجع إلى التمييز بين هذه الدعاوى الثلاث . فذكر التقنين المدني الفرنسي دعوى استرداد الحيازة في المادة ٢٠٦٠ (ثانياً) منه في خصوص الإكراه البدني ، وقد ألغى هذا النص مع النصوص الأخرى المتعلقة بالإكراه البدني بقانون ٢٢ يولييه سنة ١٨٦٧ . وقضى تقنين المرافعات لفرنسي باختصاص قاضي الصلح في نظر دعاوى الحيازة ، ونصت المادة ٢٣ مرافعات فرنسي على أن : دعاوى الحيازة لا تقبل إلا إذا رفعت في خلال سنة من وقت التعرض لمن بقيت حيازتهم ، بأنفسهم أو بمن ينوب عنهم ، منذ سنة على الأقل ، حيازة هادئة وبصفة غير عرضية ٢ . ثم ذكرت دعاوى الحيازة الثلاث في المادة ١ / ٦ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ ، ثم في المادة ٢ / ٧ من قانون ١٢ يولييه سنة ١٩٠٥ الذي ألغى قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ وحل محله (١) .

٣١٧ - التمييز بين دعاوى الحيازة التامة ومثلها في التشريع المصري : وقد ميز التقنين المدني المصري الجديد بين دعاوى الحيازة الثلاث تمييزاً واضحاً ، وخصها بنصوص (م ٩٥٨ - ٩٦٢ مدني) وردت بين النصوص المتعلقة بالحيازة .

وبلاحظ أن هناك فرقا جوهريا بين دعوى استرداد الحيازة من جهة وبين دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة من جهة أخرى . ففي حين

(١) أنظر أوربى ورو ٢ فقرة ١٨٤ من ١٧٣ - من ١٧٤ وفقرة ١٨٩ من ٢٢٩
 هاش ٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٥ وفقرة ٢٠٦ من ٢١٣ - أنيسكلو بيلي
 دالوز ١ لفظ actio possessoire فقرة ٤ - فقرة ١٠

أن الدعويين الأخيرين نحميان الحيازة بعد أن تستقر وبعد أن تدم سنة على الأقل ويراد بهما دفع التعرض عن هذه الحيازة المستقرة ، إذا بدعوى الاسترداد تعطى كما سنرى لكل حائز ، ولو كان حائزا عرضيا ، ولو لم تدم حيازته . سنة واحدة ، بل ولو لم تستمر حيازته غير يوم واحد أو أقل ، ما دامت هذه الحيازة قد انتزعت منه عنوة أو كان قد فقدتها خفية . ثم إن دعوى منع التعرض تتميز عن دعوى وقف الأعمال الجديدة في أن الدعوى الأولى تدفع عن الحيازة اعتداء قد وقع فعلا ، في حين أن دعوى وقف الأعمال الجديدة نحمى الحيازة ، لا من اعتداء قد وقع فعلا ، بل من اعتداء يوشك أن يقع وهو سيقع حتما لو تمت الأعمال التي بدىء بها .

وكثير من التشريعات ، كالقانون الفرنسي والقانون المصري السابق ، يكتفى بالإشارة إلى دعاوى الحيازة في نصوص تقنين المرافعات وفي خصوص تحديد المحكمة المختصة بنظر هذه الدعاوى . أما التقنين المدني المصري الجديد فقد ضفى بدعاوى الحيازة ، ووضعها في مكانها الصحيح بين نصوصه المتعلقة بالحيازة ، تحت عنوان « حماية الحيازة — دعاوى الحيازة الثلاث » . وبدأ بدعوى استرداد الحيازة فأفرد لها المواد ٩٥٨ — ٩٦٠ مدني ، وأعقبها بدعوى منع التعرض فأفرد لها المادة ٩٦١ مدني ، وإنتهى إلى دعوى وقف الأعمال الجديدة فأفرد لها المادة ٩٦٢ مدني . ونستعرض الآن هذه الدعاوى الثلاث على التعاقب .

§ ١ — دعوى استرداد الحيازة

(La réintégration)

٣١٨ — نصوص قانونية : تنص المادة ٩٥٨ مدني على ما يأتي :

« ١ — لحائز للعقار ، إذا فقد الحيازة ، أن يطلب خلال السنة التالية لفقدانها ردها إليه . فإذا كان فقد الحيازة خفية ، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك » .

« ٢ — ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره » . وتنص المادة ٩٥٩ مدني على ما يأتي :

١٥ - إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفصيل . والحيازة الأحق بالتفصيل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني . فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ .

٢٥ - أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى .

وتنص المادة ٩٦٠ على ما يأتي :

« للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المقتصب منه ، ولو كان هذا الأخير حسن النية (١) . ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٨ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٢ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٠ ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية أخرى . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٩ ص ٤٦٩ - ص ٤٧١) .

م ٩٥٩ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :

١٥ - غير أنه إذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت انتزاعها فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أفضل . ٢ - والحيازة الأفضل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني ، فإذا لم يكن لدى الحائز سند أو تعادلت سندات الحائزين كانت الحيازة الأفضل هي الحيازة الأسبق في التاريخ . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٤ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣١ ، بعد تعديله تعديلاً جيله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٢ - ص ٤٧٣) .

م ٩٦٠ : ورد هذا النص في المادة ١٤١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٤ - ص ٤٧٥) .

(٢) ولكن أنظر ٢٦ فقرة ثانية / ٢٩ فقرة رابعة من نصين المرافعات السابق ، ونفسها : « يحكم (القاضي الجزل) أيضاً في الدعوى التي يبتها ويكون حكمه انتزاعياً : ... (ثانياً) الدعوى المتعلقة بالحيازة في وضع اليد عن العقار لفظية على قدر مصادر من تدعى عليه لم تنقض عليه سنة قبل رفع الدعوى .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٢ - ٩٦٤ - وفي التقنين المدني
العراق م ١١٥٠ - ١١٥٣ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السوري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٢ - ٩٦٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٠ : ١ - لحائز العقار ، إذا انتزعت منه الحيازة ،
أن يطلب من محكمة الصلح خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها إليه . فإذا كان انتزاع الحيازة
خفية ، بدأ سريان المدة من وقت أن يتكشف ذلك . ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان
حائزاً بالنيابة عن غيره ٢ - وإذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته
سنة من وقت انتزاعها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أفضل .
والحيازة الفضل هي التي تقوم على سند قانوني . وإذا أبرز كل من الطرفين سنداً قانونياً ،
فضل صاحب السند الأقدم تاريخياً سواء تلقياً العقار من شخص واحد أو من أشخاص مختلفة ،
وإذا كان أحدهما تلقى العقار من الآخر فضل صاحب السند المتأخر تاريخياً . وإذا تعادلت
السندات أو لم يكن لدى أي منهما سند ، فضل من كان أسبق في الحيازة . فإذا استويا في ذلك ،
سُحِمَ لهما بالاشتراك في الحيازة ٣ - وإذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية
بل استرد حيازته إكراهاً وتغلباً ، وطالب الطرف الآخر بإعادة يده السابقة ، حكم بإعادة
يده ، وللحائز الأول بعد ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته .

م ١١٥١ : إذا أقام الحائز دعوى وضع اليد لاسترداد حيازته ، فله أن يطلب منع
المدعى عليه من إنشاء أبنية أو غرس أشجار في العقار المتنازع فيه أثناء قيام الدعوى ، بشرط
أن يقدم تأييدات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ظهر أن المدعى غير
محق في دعواه .

م ١١٥٢ : ١ - إذا كان المدعى عليه قد أنشأ أبنية أو غرس أشجاراً في العقار المتنازع
فيه قبل أن يمنع من ذلك ، فله أن يطلب بقاء الأبنية والأشجار مع العقار في حيازته حتى يفصل
في دعوى الملكية ، بشرط أن يقدم تأييدات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى من الضرر إذا
لم يثبت المدعى عليه ملكيته ، وبشرط أن يرفع دعوى الملكية في خلال شهر واحد من تاريخ
تقديمه هذه التأييدات . فإذا لم يقدم التأييدات المذكورة ، أو تأخر في رفع دعوى الملكية
عن الميعاد المذكور ، سلم العقار مع ما أحدث فيه من منشآت إلى المدعى إذا هو قدم التأييدات
الكافية ، وإلا سلم إلى عدل ٢ - وإذا كان البناء أو الفراس واقفاً في قسم من العقار
المتنازع فيه ، فلا تطبق هذه الأحكام إلا على هذا القسم ، وتماد يد المدعى على الباقي من العقار .

م ١١٥٣ : ١ - إذا كان للمدعى عليه زرع مدرك في العقار المتنازع فيه ثم حكم برفع
يده ، أمر بحصد الزرع وتسليم العقار خالياً للمدعى ٢ - وإذا كان البذر لم ينبت ،
فللمدعى الخيار إن شاء أعطى مثل البذر أو قيمته وتملكه ، وإن شاء تربص حتى إدراك المحصول -

وَمُخْلِصٌ مِنْ هَذِهِ النُّصُوصِ مَا يَأْتِي : (١) المدعى في دعوى استرداد الحيازة هو الحائز للعقار ، ولو كان حائزاً عرضياً بالنيابة عن غيره . (٢) المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة هو من انتزع الحيازة من الحائز ، وكذلك خلفه ولو كان حسن النية . (٣) المدة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة هي سنة من وقت فقد الحيازة أو من وقت العلم بفقدانها . (٤) ما يحكم به القاضي في دعوى استرداد الحيازة يختلف باختلاف ما إذا كانت الحيازة قد دامت سنة قبل انتزاعها ، وما إذا كانت قد انتزعت بالقوة ، وما إذا كان منتزع الحيازة أحق بالتفضيل : (٥) التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة هو أنها تراوح بين أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسؤولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة .
فنبحث هذه المسائل متعاقبة .

٣١٩ — المدعى في دعوى استرداد الحيازة : المدعى في هذه الدعوى هو الحائز للعقار . ويجب عليه أن يثبت أنه وقت أن انتزعت منه الحيازة كان = وحصده في مقابل أجر مثل العقار . ٢ - وإذا كان البذر ثابتاً ولم يدرك ، فللمدعى الحياز إن شاء تربص حتى إدراك المحصول وحصده في مقابل أجر مثل العقار ، وإن شاء تسلم العقار مع ما عليه من الزرع إذا هو قدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ثبتت ملكيته ، حل أن يضمن المدعى قيمة البذر وحده إذا لم تثبت ملكية المدعى عليه .
(والتقنين العراقي يحفل بالتفصيلات ، وبخاصة فيما يتعلق بإنشاء الأبنية وغرس الأشجار ، والبذر إذا لم يثبت أو ثبت ولم يدرك أو ثبت وأدرك ، وهو في مجموعه لا يخالف أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني للمقابل . ولكن انظر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني : م ١٣ - يحكم قضاة الصلح في الدعاوى الآتية ، وأحكامهم تكون حل الدوام قابلة للاعتناء : (١) الدعاوى التصرفية (دعاوى اليد) حل شرط أن تقام في خلال المهلة المنصوص عليها في المادة ٤٨ م ٤٨ - لا تقبل الدعاوى التصرفية إلا في خلال سنة تبتدئ من تاريخ وقوع التعرض لحق التصرف . م ٤٩ - إن الدعاوى التصرفية نوعان : دعوى إعادة اليد وهي تستلزم وجود شخص نزعت يده ، ودعوى التعرض وهي تستلزم حصول تعرض لحق التصرف لم يبلغ حد نزع اليد . م ٥٠ - تقام دعوى إعادة اليد من قبل كل متصرف كان قبل نزع يده يتصرف تصرفاً مادياً متواصلاً سليماً ، وعليه خالي الكتمان الالتباس . ويمكن للمستأجر والمزارع أو صاحب الامتياز في ملك الدولة العام أن يقيم هذه الدعوى على الشروط نفسها . (وهذه الأحكام توافق أحكام التقنين المدني المصري) .

حائزاً للمقار (١) حيازة خالية من العيوب ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (٢) محل الوجه الذى بسطناه فيما تقدم .

وليس من الضروري فى دعوى استرداد الحيازة ، وهذا هو الذى يميزها عن سائر دعاوى الحيازة ، أن يكون الحائز حائزاً أصيلاً أى حائزاً لحساب نفسه . فيجوز للحائز العرضى ، وهو الحائز لحساب غيره ، أن يكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة ، ويطلب باسترداد حيازة حق الملكية فى حين أنه يكون صاحب حق انتفاع أو مرتها رهن حيازة أو مستأجراً أو حارساً قضائياً ، أى حائزاً لحق الملكية حيازة عرضية لحساب المالك (٣) . وتصرح الفقرة الثانية من المادة ٩٥٨ مدنى ، كما رأينا (٤) ، بهذا الحكم إذ تقول : « ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره » .

وكما يجوز للحائز العرضى أن يكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة ، كذلك يجوز لمن قامت حيازته على عمل من أعمال التسامح ، وهو مثل الحائز العرضى مجرد من عنصر القصد فى الحيازة وليس لديه إلا السيطرة المادية ، أن يكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة . ويكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة أيضاً من حصل على ترخيص (concession) من الجهة الإدارية

(١) حيازة مادية حالية ، ومعنى كونها غاذية أن تكون يد الحائز متصلة بالمقار اتصالاً فعلياً يحمل المقار تحت تصرفه المباشر ، ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائماً فى حال وقوع النصب . وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأنه إذا كان الثابت أن المقار محل الدعوى (شادر) قد صدر حكم بإغلاقه لمخالفة ارتكبتها مستأجره ، ونفذ حكم الإغلاق باخراج جميع الأشياء التى كانت به وإغلاق بابه وبوضع الأختام عليه : فإن حيازة المستأجر المادية للشادر تكون قد زالت نتيجة تنفيذ الحكم الجنائى الصادر عليه . والقول بأن المستأجر ظل حائزاً رغم ذلك هو خطأ فى فهم معنى الحيازة (نقض مدنى ٥ يوفيه سنة ١٩٤٧ مجموعة المكاتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٦) .

(٢) استئناف مختلف ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٨٢ - ٢٦ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩١ - ١٠ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٢٧ - ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٤ .

(٣) استئناف مختلف ١٧ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣١ - ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٢٢ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٦ .

(حارس قضائى) - أوبرى ورور ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٠ - ٢٤١ - بلانيول ورزيمير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ .

(٤) أنظر أيضاً فقرة ٣١٨ .

في الانتفاع بعقار داخل في الأملاك العامة ولو أن حيرته للسك انعام معرضة للزوال في أي وقت بمجرد رجوع الجهة الإدارية في الترخيص (١) . ولكن من الحائز على سبيل التسامح والحائز بموجب ترخيص إداري أن يسترد الحيازة بدعوى استرداد الحيازة ، حتى من المالك الذي أجاز الحيازة على سبيل التسامح . أو من الجهة الإدارية التي منحت الترخيص (٢) . على أنه لا يجوز استرداد الحيازة من الجهة الإدارية إذا كانت هذه الجهة قد انتزعت الحيازة من المرخص له ، لا باعتبارها تدبير الملك العام ، بل بموجب سلطتها العامة التنظيمية (pouvoir général réglementaire) ، كأن تستصدر قرارا باعتبار الأعمال التي دعت لانتزاع الحيازة من أعمال المنفعة العامة (٣) .

وليس من الضروري لرفع دعوى استرداد الحيازة أن يكون الحائز حسن النية ، فللحائز أن يرفع هذه الدعوى حتى لو كان سيء النية .

وليس من الضروري أخيراً . لرفع دعوى استرداد الحيازة ، أن يكون الحائز قد دامت حيازته سنة كاملة قبل أن يفقد الحيازة كما يشترط ذلك في دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة على ماسرى . فأية حيازة تكون كافية ، ولو كانت حيازة لم تدم إلا يوماً واحداً أو أقل كما سبق القول (٤) .

(١) أنظر في استرداد الحيازة من الغير ولو كانت حيازة على سبيل التسامح أو كانت مرتبطة فيها من جهة إدارية : نقض مدني ٢٦ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٧ ص ٢٥١ - شين الكوم الجزئية ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٦٧ ص ١٤٨ - استئناف غنطس ١٨ يونيو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ١٥١ ص ٢٩٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ - نقض قرني ٤ يونيو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٤٧٥ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ - نقض فرنسي لول يرييه سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥-١-٨٢-٢٠ أغسطس سنة ١٨٩١ دالوز ٩١-١-٣٥١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣١٧ - وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الاعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضع اليد ، فلا يشترط نوايا نية التملك عند واضع اليد ولا وضع يده مدة سنة سابقة على التعرض . ويصح رفعها من ينوب عن غيره في الحيازة ، ويمكن لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة تجعل يده متصلة اتصالاً فعلياً قائماً في حالة وقوع النصب (نقض) . ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٢ ص ٢٧ - وانظر مصر الكفوي ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة رقم ١٧ ص ١١٧ - نقض فرنسي سنة ١٩٣٢ جزييت دي داليه ١٩٣٢-١-٧٩٠ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٢٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١١ .

٣٢٠ — المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة : والمدعى عليه في دعوى

استرداد الحيازة هو الشخص الذى ينتزع الحيازة من الحائز بالقوة (violence) أو بالغصب (voie de fait) علناً أو خفية (١) . فيشترط إذن أن يكون العمل الذى صدر من المدعى عليه : (١) هو عمل عدوانى (acte agressif) . وقد يكون هذا العمل العدوانى من الأعمال التى تعتبر جريمة فى القانون الجنائى ، ولكن ليس من الضروري أن يكون كذلك ، فيكفى أن يكون عملاً غير مشروع من الناحية المدنية . والمهم أن يكون اعتداءً إيجابياً يقع على حيازة الحائز ، ويكون من شأنه أن يعكر السلام ويخل بالأمن العام ويررر حق الدفاع الشرعى . فالمدعى عليه ، فى إثباته لهذا العمل ، يكون فى موقف من يأخذ حقه بيده دون أن يلجأ إلى القضاء (٢) . وهذا هو المحور الذى تدور عليه دعوى استرداد الحيازة ، فهى جزاء حق على هذا العمل العدوانى بقدر ما هى حماية فعالة للحائز فى حيازته . وليس يلزم أن يكون العمل العدوانى منطوياً على القوة والعنف وإن كان هذا هو الغالب ، بل يكفى أن يستولى المعتدى على العقار غصباً وقهراً ، أو خلصة دون علم الحائز ، بحيث يقوم عقبة أمام الحائز فى حيازته لا يستطيع تخطيها إلا إذا التجأ إلى العنف (٣) (٢) ويجب أن يكون

(١) وقد قضى بأن النصب فى دعوى استرداد الحيازة يكتفى فيه توجيهه إلى العقار ذاته ، دون حاجة إلى أن يكون الحائز محل اعتداء ، فالاستيلاء خلصة يقوم مقام النصب (أسيوط الكلية ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٧٣ ص ١١٩) . وقضى بأنه يجوز أيضاً أن يكون الاغتصاب مبنياً على أفعال النش والتدليس وبغير رضا من اغتصب منه العقار (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٨) . وإذا أدخل إنسان آخر فى عقار تحت حيازته تساعاً ، وكان هذا الأخير يبطئ فيه اغتصابه ، فلا يعتبر بدء وقوع الاغتصاب إلا من يوم وضوح هذه النية ، وكذلك إذا كان الاغتصاب خفية فلا تبدأ السنة المحددة لرفع الدعوى إلا من يوم ظهورها للبيان (بقى سوييف الكلية ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٦٧ ص ٢٦٨) . وقضى بأن تعتبر دعوى استرداد الحيازة مقبولة إذا كانت ناشئة عن نزع اليد ، بموجب حكم قضائى ، متى كان هذا الحكم غير ملزم قانوناً لحائز العقار ، حتى لو كان الحكم صادراً بمجرد تنفيذ حكم بتعيين حارس قضائى على العين (استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢٠٦ ص ٢٩٩) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٢١٧ — مازو فقرة ١٤٦٦ .

(٣) نقض مدنى ٢٦ يوفيه سنة ١٩٣٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦١ — ٢٢ أكتوبر ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٩ رقم ١٦٧ — ٤ مايو سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة ١ ص ٦٤٨ رقم ١٦٤ — ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٦٤٨ رقم ١٦٢ — ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١ ص ٦٢ . بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ .

هذا العمل العدواني قد وقع في العقار ذاته الذي هرب في حيازة الحائز ، أما إذا وقع في عقار المعتدى فان ذلك لا يكفي لرفع دعوى استرداد الحيازة ، وإن كان يكفي لرفع دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة (١) .

(٣) ويجب أخيراً أن يكون هذا العمل العدواني قد انتهى إلى انتزاع الحيازة من الحائز ، بحيث لا يصبح في مكانة الحائز أن يستعيد هذه الحيازة دون أن يقف هذا العمل أمامه عقبة تحول دون ذلك (٢) .

وليس يلزم أن يكون المدعى عليه الذي ارتكب هذا العمل العدواني سيئ النية ، فقد يكون معتقداً بحسن نية ، بل قد يكون على حق في اعتقاده ، بأن العقار الذي انتزع حيازته هو عقار مملوك له . ولكنه مع ذلك يكون قد أخطأ في تعمله أن يأخذ حقه بيده بدلاً من أن يلجأ إلى القضاء ، ومن ثم يكون انتزاعه الحيازة عملاً عدوانياً يوجب قبل كل أمر آخر أن ترد الحيازة إلى الحائز (spoliatus ante omnia resituiendus) . ثم ينظر بعد ذلك ، بالوسائل التي قررها القانون ، - من الخصمين له الحق في ملكية العقار ، أو له الحق في حيازته (٣) .

ولا يجوز للمدعى رفع دعوى استرداد الحيازة إذا كان مرتبطاً مع المدعى عليه بعقد وكان انتزاع الحيازة يدخل في نطاق هذا العقد ، فالواجب في هذه

(١) نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٥ - نقض فرنسي ١٣ يناير سنة ١٩٤٠ جازيت دي باليه ١٩٤٠ - ١ - ٤٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة تستلزم بطبيعتها وقوع أعمال عنف وقوة مادية تكون قد سلبت حيازة مادية أيضاً . وهي بهذه المثابة لا يمكن أن يكون موضوعها إعادة مسكن أو مصرف هدمهما المدعى عليه ويرى المدعى أن له حق ارتفاق عليهما ، إذا كانت المسكن أو المصرف اللذان هما محل الارتفاق مقطوعاً بأنهما في يد المدعى عليه (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٨٠ ص ١١٦٧) .

وانظر نقض فرنسي ١٥ يونيو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ١ - ٢٨٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٤٧٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٢١٨) .

(٣) قرب أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٤ - ص ٢٤٥ - وتنص المادة ١١٥٠ / ٣ مدني عراقي على ما يأتي : « وإذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية بل استرد حيازته إكراهاً وتقليباً ، وطالب الطرف الآخر بإعادة يده السابقة ، حكم بإعادة يده وللعائن الأول بعد ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته » (انظر أيضاً ص ٩١٢ هامش ١) .

الحالة أن يلجأ المدعى إلى دعوى العقد ، لا إلى دعوى استرداد الحيابة ،
لإلزام المدعى عليه بمراعاة شروط العقد (١) .

وإذا انتقلت حيابة العقار المقتصب من المقتصب إلى الغير ، سواء كان
الغير خلفا عاما كالوارث ، أو خلفا خاصا كالمشتري ، فإن خلف المقتصب
الذى انتقلت إليه الحيابة يكون هو المدعى عليه في دعوى استرداد الحيابة (٢) .
ويستطيع المدعى أن يسترد منه حيابة العقار بهذه الدعوى ، حتى لو كان الخلف
حسن النية لا يعلم أن سلفه قد اغتصب حيابة العقار . وتنص المادة ٩٦٠ صراحة
على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا (٣) : « للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني
دعوى استرداد الحيابة على من انتقلت إليه حيابة الشيء المقتصب منه ،
ولو كان هذا الأخير حسن النية » . أما في فرنسا فدعوى استرداد الحيابة
دعوى شخصية محضة لا ترفع إلا على مقتصب الحيابة نفسه ، ولا ترفع على
الغير الذى انتقلت إليه الحيابة المقتصة إلا إذا كان شريكا للمقتصب أو كان
مسيء النية يعلم أن الحيابة التي انتقلت إليه حيابة مقتصة (٤) ، ومن ذلك
نرى أن دعوى استرداد الحيابة في مصر تنطوي على شيء من العينية ، فهي
إلى أنها جزاء على الاغتصاب في ذاته تعتبر كذلك حماية للحيابة ، فيجوز عن
طريقها للحائز أن يسترد حيابته ، لا من المقتصب فحسب ، بل أيضا من
الغير الذى نقل إليه المقتصب الحيابة ولو كان هذا الغير حسن النية .

٣٢١ — المرة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيابة : تنص المادة

١/٩٥٨ مدني ، كما رأينا (٥) ، على أن « للحائز العقار ، إذا فقد الحيابة ،

(١) نقض فرنسي أول فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دي باليه ١٧ مارس سنة ١٩٢٢
٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ٤٨٩ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه
١٩٥٠ - ١ - ١٤٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٩ ص ٢١٩ - أنسيكلوبيدي
دانوز ١ لفظ action possessoire فقرة ١٦٣ - فقرة ١٦٧ - وانظر فيما يتعلق بدعوى منع
التعرض مايل فقرة ٣٣٥ .

(٢) استئناف مخطط ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٠٣ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢
م ٥٥ ص ٢١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٩ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه . فإذا كان فقد الحيازة خفية ، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك . فيجب إذن أن ترفع دعوى استرداد الحيازة في خلال سنة واحدة تسرى من وقت انتزاع الحيازة من الحائز إذا كان هذا الانتزاع بالقوة أو بالغصب علانية ، إذ يكون الحائز علاناً في هذه الحالة بوقت انتزاع الحيازة منه . أما إذا كان انتزاع الحيازة وقع خلسة دون أن يعلم به الحائز وقت وقوعه . فإن السنة التي يجب أن ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة تسرى من وقت أن ينكشف ذلك ، أى من وقت أن يعلم الحائز بانتزاع الحيازة منه (١) .

ومدة السنة هذه مدة سقوط (délai de déchéance) لأمدة تقادم (délai de prescription) ، فإذا لم ترفع دعوى استرداد الحيازة في خلالها لم يجوز رفعها بعد انقضاء السنة ، والدعوى التي ترفع بعد انقضاء هذه المدة لا يجوز قبولها . ولما كانت مدة السنة مدة سقوط ، فإنه يترتب على ذلك أنها تسرى على غير كاملي الأهلية من قاصر ومحجور عليه وعلى الغائبين . ويترتب على ذلك أيضاً أنها لا توقف ، ولا تنقطع . وهذا هو الرأى المعمول به في فرنسا ، وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قضت في بعض أحكامها بأن مدة السنة التي يجب أن ترفع في خلالها دعاوى الحيازة هي مدة تقادم لا مدة سقوط ، فيرد عليها الوقف والانقطاع (٢) .

(١) والمدعى هو الذى يقع عليه عبء إثبات أنه رفع دعواه في مدة السنة (نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩١ سيرييه ٩٢ - ١ - ١٨٢ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ١٩٩) . فإذا لم يرفع المدعى دعوى استرداد الحيازة في مدة السنة ، بقى متزاع الحيازة مستقبلاً إياها ، فأصبح هو نفسه حائزاً تحمى حيازته بجميع دعاوى الحيازة لأنها استمرت سنة كاملة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «دعوى استرداد الحيازة ، ويستطيع الحائز أن يسترد بها حيازته من اغتصبها . ويشترط أن ترفع الدعوى في السنة التالية لانتزاع الحيازة كرهاً ، أولكشف انتزاعها خلسة . وترفع ضد من انتزع الحيازة ، أو من خلقه ولركان حسن النية . على أن الحائز الذى يرفع دعوى استرداد الحيازة يجب أن يكون هو نفسه قد استمرت حيازته سنة كاملة على الأقل ، فإن لم تكن قد استمرت هذه المدة وانتزعت منه ، فإن كان لم يستردها في خلال السنة ، كان من انتزع الحيازة هو الحائز وهو الذى تحمى حيازته لأنها بقيت سنة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٩) .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ فبراير سنة ١٨٨٠ سيرييه ٨٠ - ١ - ٤٢٤ - ٣ أبريل سنة ١٩٠٦ سيرييه ١٩٠٧ - ١ - ٤١٧ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٩ - ١ - ١٧٨ - وانظر مازق وريو فقرة ٢١٢ أنسيكلوبيدى داتوز ١ لفقر action possessoire فقرة ٥٦ .

٣٢٢ — ما يحكم به دعوى استرداد الحيازة - أحوال أربع : أما الذى يحكم به القاضى فى دعوى استرداد الحيازة ، إذا توافرت شروطها على النحو الذى بسطناه ، فيختلف باختلاف الأحوال . وهناك أحوال أربع يجب ، فى هذا الصدد ، تمييزها بعضها عن بعض : (الحالة الأولى) إذا كان المدعى الذى إنترعت منه الحيازة قد دامت حيازته مدة لا تقل عن سنة . (الحالة الثانية) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولكن المدعى فقد الحيازة بالقوة (violence) . (الحالة الثالثة) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم يفقد المدعى الحيازة بالقوة (بل فقدوها غصبا أو خلسة) ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق بالترفضيل . (الحالة الرابعة) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم يفقد المدعى الحيازة بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالترفضيل .

٣٢٣ — الحالة الأولى - حيازة المدعى دامت مدة لا تقل عن سنة : ويلاحظ فى هذه الحالة أن المدعى كان يستطيع رفع دعوى منع التعرض ، لأن حيازته دامت مدة لا تقل عن سنة . وإنما لجأ إلى دعوى استرداد الحيازة لأن الاعتداء على حيازته لم يقتصر على مجرد التعرض لها ، بل انتهى إلى إنتزاعها منه عفا أو غصبا أو اختلاسا ، فليس له بد من رفع دعوى استرداد الحيازة . فإذا ما رفعها قضى له برد حيازته إليه ، وبإعادة العقار إلى أصله إن كان المدعى عليه قد أحدث فيه تغييرا . فإن كان قد أقام فيه بناء جديدا قضى بهدمه ، أو هدم بناء كان موجودا قضى بإعادته (١) . ويستطيع القاضى أن يحكم على المدعى عليه بغرامة تهديدية ، ليحملة على تنفيذ ما قضى عليه به . كذلك يحكم القاضى بتعويض على المدعى عليه عما سببه من أضرار للمدعى بسبب التعدى على حيازته ، وذلك طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية (٢) .

(١) وذلك ما لم يكن المدعى عليه هوجبة الإدارة ، وقامت هذه الهبة بأشغال عامة travaux publics فى العقار ، فلا يجوز القضاء بهدم هذه الأشغال أو بإعادة الأرض إلى حالتها الأصلية ، لأن هذا ينطوى على تعطيل لتنفيذ قرار إدارى ولا ولاية للقضاء فى ذلك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٠ - وانظر فيما يتعلق بدعوى منع التعرض مايل فقرة ٢٢٢) .

(٢) لمورى دورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٢١٠ .

والحكم الذى يصدر ببرد الحيازة إلى المدعى ، فى الحالة التى نحن بصدددها ، يرد الحيازة إليه وكأنها لم تنقطع مدة انتزاعها منه . والمفروض أن المدعى قد دامت حيازته قبل انتزاعها مدة لا تقل عن سنة ، فعند ما ترد إليه الحيازة تعتبر هذه الحيازة دائمة لم تنقطع ، فتكون قد دامت أكثر من سنة . وعلى ذلك يستطيع دفع الاعتداء عنها بجميع دعاوى الحيازة ، لأنها دامت سنة بل أكثر كما سبق القول . ومن ثم يستطيع أن يرفع دعوى استرداد الحيازة من جديد فيما إذا انتزعت منه الحيازة مرة أخرى .

٣٢٤ — الحازة الزمنية - حيازة المرعى لم تدم سنة كاملة ولكن

الحيازة انتزعت بالقوة : فى هذه الحالة لا يكون للمدعى دعوى منع التعرض لوقوع اعتداء على حيازته دون أن تنتزع منه هذه الحيازة ، لأن الحيازة لم تدم سنة كاملة وشرط دعوى منع التعرض أن تدوم الحيازة هذه المدة كما سئرى . ولكن المفروض فى هذه الحالة أن الحيازة قد انتزعت من المدعى بالقوة (viobnce) ، لذلك يكون له رفع دعوى استرداد الحيازة بالرغم من أن حيازته لم تدم سنة كاملة ، لأنه لا يشترط فى هذه الحالة أن تكون الحيازة قد دامت هذه المدة . وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا جزاء على انتزاع الحيازة بالقوة ، أى دعوى مسئولية تقصيرية أكثر منها دعوى لحماية الحيازة . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٩ مدنى ، كما رأينا (١) ، فى هذا الصدد على ما يأتى : « أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى » .

وعلى ذلك يقضى للمدعى ببرد حيازته إليه ، وبإعادة العقار إلى أصله ، وبالغرامة التهديدية ، شأن المدعى فى هذه الحالة شأنه فى الحالة الأولى . ويقضى له كذلك بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب انتزاع حيازته منه ، وبملاحظة هنا بوجه خاص استعمال المدعى عليه للقوة فى انتزاع الحيازة .

والحكم الذى يصدر ببرد الحيازة فى هذه الحالة يقتصر على رد الحيازة المادية إلى المدعى مؤقتا ، دون أن يحسم النزاع فيمن له حق الحيازة القانونية . فيجوز للمدعى عليه ، بعد أن يرد الحيازة للمدعى ، أن يعود برفع هو دعوى

استرداد الحيابة على المدعى ، إذا استطاع رفعها في الميعاد القانوني وأثبت أن المدعى كان قد سبق له أن انتزع منه الحيابة . فإذا نجح في دعواه واسترد الحيابة ، كان له أيضا أن يرفع دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة إذا توافرت شروط أى دعوى منها (١) .

٣٢٥ — الحالة الثالثة - حيابة المدعى لم تدم ستة كاملة ولم تنتزع

بالقوة ولكنه المدعى عليه لا يستند إلى حيابة أمره بالتفصيل : في هذه الحالة الثالثة لم تدم حيابة المدعى ستة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة ، حتى يحق له رفع دعوى استرداد الحيابة كما كان يفعل في الحالتين الأولى والثانية . ولكن القانون يعطيه مع ذلك حق رفع دعوى استرداد الحيابة ، لأن المدعى عليه الذى انتزع منه الحيابة لا يستند هو نفسه إلى حيابة أحق بالتفضيل .

وهنا تعتمد الفقرة الأولى للمادة ٩٥٩ مدنى إلى وضع قواعد للمفاضلة بين حيابة وأخرى ، وهى قواعد تشبه القواعد التى وضعها القضاء الفرنسى لإثبات حق الملكية ، إذ هى مثلها تميز بين صور ثلاث : صورة ما إذا وجد سند قانونى عند كل من الخصمين ، وصورة ما إذا لم يوجد سند قانونى عند أى من الخصمين ، وصورة ما إذا وجد سند قانونى عند أحد الخصمين دون الآخر . وقد سبق بسط هذه القواعد فيما يتعلق بإثبات حق الملكية (٢) ، والآن نعرض لتأثيرها فيما يتعلق بالمفاضلة بين حيابة وأخرى . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٥٩ مدنى ، كما رأينا (٣) ، على أنه إذا لم يكن من فقد الحيابة قد انقضت على حيازته ستة وقت فقدها ، فلا يجوز أن يسترد الحيابة إلا من شخص لا يستند إلى حيابة أحق بالتفضيل . والحيابة الأحق بالتفضيل هى التى تقوم على سند قانونى . فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أوتعادت سنداتهم ، كانت الحيابة الأحق هى الأسبق فى التاريخ . ويستخلص من النص سالف الذكر أنه إذا أريدت المفاضلة بين حيازتين ، وجب التمييز بين الصور الآتية : (١) إذا قامت كل من الحيازتين على سند قانونى ، كأن يتسلك

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٢١٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ - فقرة ٣٨٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

المدعى بسند بيع صادر له من شخص في حين أن المدعى عليه يتمسك بسند بيع صادر له من شخص آخر ، فضلت الحيازة الأسبق في التاريخ سواء كان سندها سابقا على سند الحيازة الأخرى أولا حقا له . (٢) إذا لم تقم أى من الحيازتين على سند قانونى ، فإن الحيازة الأسبق في التاريخ هي التى تفضل هنا أيضا . (٣) إذا قامت إحدى الحيازتين على سند قانونى ولم تقم الحيازة الأخرى على سند مقابل ، فضلت الحيازة التى تقوم على سند قانونى سواء كانت سابقة على الحيازة الأخرى أولا حقه لها .

ونطبق هذه القواعد في الحالة الثالثة التى نحن بصددتها . فإذا كان المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة لم يثبت أنه كان يحوز العقار حيازة أحق بالفضل من حيازة المدعى ، فلم يثبت أن حيازته تقوم على سند قانونى في حين أن حيازة المدعى لا تقوم على سند مقابل . أنه لم يثبت أن حيازته أسبق في التاريخ في حين أن كلا من الحيازتين يقوم على سند قانونى أولا يقوم أى منهما على هذا السند ، كسب المدعى الدعوى ، وقضى برد الحيازة إليه ، وبإعادة العقار إلى أصله ، وبالغرامة التهديدية ، وبالتعويض ، كما هو الأمر في الحالتين الأولى والثانية . وإذا ردت الحيازة إلى المدعى ، بقيت مستقرة عنده لأن المدعى عليه لم يثبت أنه كان يحوز العقار حيازة أحق بالفضل . وإذا أراد المدعى عليه أن يسترد العقار من المدعى ، لم يكن أمامه لاسترداده إلا أن يرفع دعوى الملكية على المدعى لأن هذا هو الحائر . فيصبح المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة مدعيا في دعوى الملكية ، ويحمل عبء إثبات حق ملكيته للعقار .

٣٢٦ — الجزئية الرابعة - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع

بالقرة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أمعى بالفضل : في هذه الحالة الرابعة لم تدم حيازة المدعى سنة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة ، فليس له أن يسترد حيازته لأحد هذين السببين . ثم إن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالفضل . فيفضل عليه ، ولا يستطيع المدعى أن يسترد منه الحيازة . وهذه الحالة الرابعة هي الحالة الوحيدة بين الحالات الأربع التى فيها لا يستطيع المدعى أن يسترد الحيازة ، بالرغم من أن الحيازة قد انتزعت منه غصبا أو خلصة ، ما دامت

لم تنتزع منه بالقوة ، وما دامت حيازة المدعى عليه أحق بالترفضيل (١) .
 ويحمل المدعى عليه عبء إثبات أن حيازته أحق بالترفضيل . وعليه أن
 يثبت ، إذا قام كل من الحيازتين على سند قانوني أو لم يبق أى منهما على هذا
 السند ، أن حيازته أسبق في التاريخ من حيازة المدعى . وكذلك تكون حيازته
 أحق بالترفضيل ، إذا هو أثبت أنها تقوم على سند قانوني ، ولم يثبت المدعى
 أن حيازته تقوم هي أيضا على سند قانوني .

فإذا أثبت المدعى عليه أن حيازته أحق بالترفضيل على الوجه سالف الذكر ،
 لم يقض برد الحيازة إلى المدعى ، وبقي المدعى عليه مستقرا في الحيازة التي
 انتزعها لأنها حيازة أحق بالترفضيل كما سبق القول . وإذا أراد المدعى أن
 يسترد العقار ، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى الملكية بعد أن أخفق في دعوى
 استرداد الحيازة . وفي دعوى الملكية يبقى المدعى عليه وقد استقر في حيازته
 هو المدعى عليه كما كان في دعوى استرداد الحيازة ، ويقع عبء إثبات الملكية
 على المدعى . فإذا استطاع أن يثبت ملكيته استرد العقار بالرغم من أن حيازة
 المدعى عليه أحق بالترفضيل ، وإذا لم يستطع إثبات ملكيته بقي العقار في يد
 المدعى عليه بعد أن أثبت أن حيازته أحق بالترفضيل .

٣٢٧ — التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة : ودعوى استرداد

الحيازة في القانون المصري ، على النحو الذي قدمناه ، هي دعوى تراوح
 بين أن تكون دعوى وضعت جزاء لعمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة
 فهي دعوى من دعاوى المسؤولية ، وبين أن تكون دعوى وضعت لحماية
 الحيازة فهي دعوى من دعاوى الحيازة . وهذا بخلاف القانون الفرنسي ،
 فدعوى استرداد الحيازة في هذا القانون أقرب إلى أن تكون دعوى شخصية
 من دعاوى المسؤولية وضعت جزاء على عمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة ، من
 أن تكون دعوى عينية من دعاوى الحيازة وضعت لحماية الحيازة في ذاتها (٢)

(١) ولا يعرف القانون الفرنسي هذه الحالة ، بل إنه يقضي برد الحيازة إلى المدعى متى
 أثبت أن حيازته انتزعت منه ولو بتبرير القوة ، ولو خلسة ، دون أن يفاضل بين حيازة المدعى
 وحيازة المدعى عليه كما يفاضل التقنين المصري فيما رأيناه .

(٢) أنظر في التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة في القانون الفرنسي : أوبري
 ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٦ ص ٢١٤ -
 ٢١٥ - كولان وكابيتان وحى لامورانديير ١ فقرة ١٣٠٥ - مازو وفترة ١٤٦٦ - فقرة
 ١٤٦٧ - مارن ورينو فقرة ٢١٦ - أنسيكلو يدي دالوز لفظ *action possessoire* فقرة

أما أن دعوى استرداد الحيازة في القانون المصري تشارك دعاوى المسؤولية، فإن هذا يظهر في نواح متعددة : (١) فهي ترد الحيازة حتى للحائز العرضي الذي لا يجوز لحساب نفسه بل يجوز لحساب غيره ، فيكفي أن يكون للشخص مجرد سيطرة مادية على الشيء . فإذا انتزعت منه هذه السيطرة كان هذا عملاً غير مشروع جزاؤه رد هذه السيطرة لمن كانت له من قبل عن طريق دعوى استرداد الحيازة . (٢) وكذلك الحال فيما لو قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص إداري يجوز الرجوع فيه في أي وقت ، فإننا لا نكون بصدد حيازة بالمعنى الصحيح بل بصدد مجرد سيطرة مادية . ومع ذلك إذا انتزعت هذه السيطرة من صاحبها ، كان هذا أيضاً عملاً غير مشروع ، وجاز أن ترد هذه السيطرة إلى من كانت له من قبل . عن طريق دعوى استرداد الحيازة . (٣) وإذا اكتمل للحيازة عنصرها فأصبحت حيازة قانونية، ولكنها لم تستقر استقراراً كافياً بأن لم تدم مدة سنة كاملة، فإن انتزاعها بالقوة يعتبر كذلك عملاً غير مشروع ، وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا أيضاً جزاء على القوة التي استعملت في نزع الحيازة . ورد الحيازة إلى صاحبها في هذا الفرض أقرب إلى أن يكون جزاء على عمل غير مشروع هو القوة التي استعملت ، من أن يكون حماية لحيازة لم تستقر ولم تدم مدة كافية .

وأما أن دعوى استرداد الحيازة في القانون المصري تشارك دعاوى الحيازة، فإن هذا أيضاً يظهر في نواح متعددة : (١) فإن الحيازة إذا انتزعت بغير القوة لا ترد إلا إذا كانت قد دامت سنة كاملة ، أي كانت حيازة مستقرة دامت مدة كافية . فالدعوى هنا أقرب إلى أن تكون دعوى من دعاوى الحيازة تحمي الحيازة المستقرة، من أن تكون جزاء على المسؤولية . (٢) ولا ترد الحيازة إذا انتزعت بغير القوة ، ولو لم تدم سنة كاملة ، من الشخص الذي انتزعها وكانت له حيازة أحق بالترتيب من حيازة المدعى . فهذا معناه أننا نفاضل بين حيازة وحيازة ، ونحمي الحيازة الأحق بالترتيب . فالدعوى على هذا النحو أقرب إلى أن تكون دعوى من دعاوى الحيازة تحمي الحيازة الأحق بالترتيب ، من أن تكون جزاء على المسؤولية . (٣) ويجوز رفع الدعوى على من انتقلت إليه حيازة العقار المنصب من مغتصب الحيازة ، ولو كان الأول

حسن النية (م ٩٦٠ مدني) . وقد قدمنا في هذا الصدد أن دعوى استرداد الحيازة في مصر تنطوي على شيء من العينية ، فهي إلى أنها جزاء على الاغتصاب في ذاته تعتبر كذلك حماية للحيازة ، فيجوز عن طريقه اللحاحز أن يسترد حيازته من الغير ولو كان هذا الغير حسن النية (١) .

§ ٢ - دعوى منع التعرض

(La complainte)

٣٢٨ - نص قانوني : تنص المادة ٩٦١ مدني على ما يأتي :

« من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة ، ثم وقع له تعرض في حيازته ، جاز أن يدفع خلال السنة التالية دعوى يمنع هذا التعرض (٢) » . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق (٣) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٥٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٤) .

(١) أنظر آنفاً ص ٩١٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٦ - ص ٤٧٧) .

(٣) ولكن أنظر م ٢٦٦ فقرة ثانية / ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ، ونصها : « ويحكم (القاضي الجزئي) أيضاً في الدعاوى الآتية بيانها ويكون حكمه انتهاياً : (ثالثاً) الدعاوى المتعلقة بالمنازعة في وضع اليد على العقار الميئنة على فعل صادر من المدعى عليه لم تمض عليه سنة قبل رفع الدعوى » .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السوري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل - ولكن أنظر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني

م ١٣ و م ٤٨ - ٤٩ (سبق ذكرها آنفاً ص ٩١٢ هامش ١) و م ٥١ : إن دعوى التعرض تستلزم إقامتها وجود واضح يد كان منذ سنة على الأقل متصرفاً بنفسه أو بواسطة سلفائه تصرفاً جامعاً لآلوصاف الميئنة في المادة السابقة . (وهذا الحكم يوافق حكم التقنين المصري) .

وهذا النص يعرض لدعوى منع التعرض ، وهى دعوى الحيازة الرئيسية ،
إذا هى تحمى الحيازة فى ذاتها وهى الحيازة الأصلية دون الحيازة العرضية .
ولذلك تتميز عن دعوى استرداد الحيازة ، فقد رأينا أن هذه الدعوى الأخيرة
تحمى الحيازة العرضية كما تحمى الحيازة الأصلية ، وأنها تراوح بين أن
تكون دعوى شخصية من دعاوى المسئولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة .
أما دعوى منع التعرض التى نحن بصددناها فلا تحمى إلا الحيازة الأصلية وبشرط
أن تستقر مدة سنة كاملة على الأقل ، ولذلك تتمحض دعوى حيازة ، بل
هى دعوى الحيازة المثلى .

ونبحث فى شأنها ، كما بحثنا فى شأن دعوى استرداد الحيازة ، المسائل
الآتية : (١) المدعى فى دعوى منع التعرض . (٢) المدعى عليه فى هذه الدعوى .
(٣) المدة التى ترفع الدعوى فى خلالها . (٤) ما يحكم به القاضى فى هذه
الدعوى .

٣٢٩ — المدعى فى دعوى منع التعرض : المدعى فى دعوى منع التعرض
هو الحائز للعقار . ويجب عليه أن يثبت هنا ، كما رأينا أنه يجب عليه أن يثبت
فى دعوى استرداد الحيازة (١) ، أنه وقت أن وقع التعرض له كان حائرا
للعقار (٢) حيازة خالية من العيوب ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة (٣)

(١) أنظر آتفاً فقرة ٣١٩ .

(٢) وإذا كانت الحيازة على الشيوع ، فلحائز على الشيوع أن يرفع دعاوى وضع اليد
على شركائه الذين يتكروون عليه حقه فى الانتفاع بمظاهر مادية تخالف حقوق الشريك فى الشيوع
(نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء
أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٦ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٧ رقم
١٥٩ - ٤ مايو سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٠ - ١٦ ديسمبر
سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٨ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة
جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٧) - وأنظر استئناف مختلط ١٩ يونيو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٥٤ .
(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا غصب شخص ألياناً وحكم عليه برد حيازتها ،
فحيازته إياها من وقت تقديم الشكوى الإدارية ضده إلى وقت تنفيذ الحكم الذى صدر عليه لانتزاع
حيازة هادئة . فلا يصح التمسك بها فى دعوى منع التعرض قبل صاحب اليد الذى حصل له
تعرض جديد من الغاصب ، والذى توافرت فى وضع يده الشروط القانونية (نقض مدنى ٢٥
فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٩) .

غير غامضة (١) .

ويجب عليه أيضا أن يثبت ، خلافا لما قررناه في دعوى استرداد الحيازة (٢) أن حيازته حيازة أصيلة لاحيازة عرضية ، أى أنه يجوز لحساب نفسه لا لحساب غيره . فلا يجوز ، إذا وقع تعرض على حق الملكية ، أن يدفعه بدعوى منع التعرض من لم يكن حائزا لحق الملكية لحساب نفسه . وعلى ذلك لا يجوز أن يرفع دعوى منع التعرض ، في هذه الحالة ، صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق أو المرتهن رهن حيازة أو المستأجر . فهؤلاء جميعا حائزون عرضيون بالنسبة إلى حق الملكية ، لأنهم إنما يجوزون هذا الحق لحساب غيرهم وهو المالك (٣) . والذي يرفع دعوى منع التعرض في هذه الحالة هو المالك الذي يعتبر حائزا لحق الملكية لحساب نفسه (٤) ، ويباشر السيطرة المادية على العقار بواسطة هؤلاء . وإنما يجوز لكل من صاحب حق الانتفاع (٥) وصاحب حق الارتفاق والمرتهن رهن حيازة والمستأجر أن يرفع دعوى منع التعرض إذا وقع التعرض على الحق الذي يباشر استعماله لحساب نفسه ، فهو أصيل في حيازته ويجوز له لحساب نفسه لا لحساب المالك (٦) .

وإذا قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة يجوز الرجوع فيه في أى وقت ، فإن الحيازة لا تكون عرضية إلا بالنسبة إلى المالك المتسامح أو إلى جهة الإدارة المرخصة . فلا يجوز للحائر ، في هاتين

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٩ - ص ٢٢٠ - بلانيول وريير وبيكار

٣ فقرة ٢٠١ ص ٢٠٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣١٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع يد المستحق في ريع العقار الموقوف لا يبيح له رفع دعوى منع التعرض ، لأن وضع يده في هذه الحالة لا يقترن بنية التملك (نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٠٦) .

(٤) ويجوز للشريك في الشيوع وحده أن يرفع دعوى منع التعرض ضد الغير دون حاجة إلى تدخل شركائه في الشيوع معه في الدعوى ، بل له أن يرفع هذه الدعوى ضد شركائه أنفسهم إذا تعرضوا لحيازته في الشيوع بأعمال تتعارض مع هذه الحيازة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٦) .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٧ .

(٦) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ - بلانيول وريير وبيكار ٣

فقرة ٢٠١ .

الحالتين ، أن يرفع دعوى منع التعرض على المالك نفسه أو جهة الإدارة نفسها إذا تعرض أحد منهما لحيازته (١) . وفيما عدا مدين تدبير الحيارة حيازة أصيلة تبيح رفع دعوى منع التعرض ، فيستطيع الحائز ، إذا تعرض له في حيازته غير المالك أو غير جهة الإدارة ، أن يدفع هذا التعرض بدعوى منع التعرض . فالعرضية التي ترجع إلى قيام الحيازة على عمل من أعمال المتسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة عرضية نسبية لا مطلقة ، ولا يتمسك بها إلا المالك المتسامح أو جهة الإدارة المرخصة (٢) كما سبق القول .

ولا يشترط لرفع دعوى منع التعرض . كما لا يشترط لرفع دعوى استرداد الحيازة (٣) ، أن يكون الحائز حسن النية ، فللحائز رفع دعوى منع التعرض حتى لو كان سيء النية .

وكما تتميز دعوى منع التعرض عن دعوى استرداد الحيازة في أن الحيازة في الدعوى الأولى يجب أن تكون حيازة أصيلة لا حيازة عرضية على النحو الذي بسطناه فيما تقدم ، كذلك تتميز الدعوى الأولى عن الدعوى الثانية في أن الحيازة في الدعوى الأولى يجب أن تكون حيازة مستمرة ، أي حيازة دامت مستمرة علنية هادئة غير غامضة مدة سنة كاملة على الأقل . وشرط دوام

(١) وقد رفقت محكمة النقض دعوى منع التعرض لحيازة قامت على أعمال المتسامح إذا رفعت الدعوى من الحائز على المالك المتسامح ، فقضت بأنه متى كان الحكم المضمون فيه ، وهو بسبيل تحقيق توافر شرائط وضع اليد ، قد استخلص من الأدلة التي ساقها أن ترك مطلات منزل الطاعة على العقار المبيع للمطعون عايه كان من قبيل التسامح من جانب البائع لهذا الأخير إذ لم يكن فيه أي اعتداء على ملكه ، وبذلك تبيّن نية التملك عن وضع يد الطاعة وهو ركن أساسي من أركان دعوى منع التعرض ، فإن في هذا وحده ما يكفي لإقامة الحكم برفض دعوى منع التعرض (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٩) .

وقد رأينا أنه ، على خلاف دعوى منع التعرض ، يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة حتى في هاتين الحالتين ، أي ضد المالك المتسامح وجهة الإدارة المرخصة ، لأن دعوى استرداد الحيازة لا تتطلب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة ، بل يكفي لجواز رفعها قيام حيازة عرضية (أنظر آنفاً فقرة ٣١٩) .

(٢) أوبري ورو ٢ فترة ١٨٧ ص ٢٢٠ - بلانيول وريبير بوييكار ٣ فترة ٢٠١

ص ٢٠٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

الحيازة سنة كاملة شرط مقرر بصريح النص ، فقد رأينا (١) أن المادة ٩٦١ مدني تنص على أن « من حاز عقارا واستمر حائزاً له سنة كاملة . . . » (٢) . وقد قدمنا أن هذا الشرط يقطع في أن دعوى منع التعرض تتمحض دعوى من دعاوى الحيازة . فهي تحمي الحيازة المستقرة التي تكون قد دامت وقتاً كافياً قدر بسنة كاملة (٣) . وقد نقل التقنين المدني المصري هذا الشرط عن القانون الفرنسي . ونقله هذا القانون بدوره عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، وكانت هذه تقضي بأن تكون الحيازة قد دامت سنة ويزوما : فأصبحت سنة واحدة في القانون الفرنسي (٤) . والمهم أن تكون الحيازة ، وقت وقوع التعرض : قائمة وأن تكون قد دامت سنة كاملة على الأقل منذ أن بدأت إلى وقت وقوع التعرض . ويكفي أن يثبت المدعى أنه قد حاز العقار قبل وقوع التعرض بسنة وأنه يحوزه فعلاً وقت وقوع التعرض ، حتى يفترض أنه استمر حائزاً له في الفترة ما بين الزمنين ما لم يثبت المدعى عليه عكس ذلك ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٩٧٦ مدني إذ تقول : « إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين . ما لم يقيم الدليل على العكس » (٥) . فالمدعى هو الذي يحمل عبء

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في هذا المعنى : « دعوى منع التعرض : وهذه لا تغطي إلا لمن بقيت حيازته سنة كاملة ، وترفع في خلال سنة من بدء التعرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ نص ٢٢١ حاش ٣٦ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢٠٩ - مازو فقرة ١٤٦٣ ص ١١٧٦ - سارن ورينو فقرة ٢١٤ ص ٢٢٢ .

(٥) أنظر مايل فقرة ٣٨٥ - وليس من الضروري أن تكون الأعمال المادية التي يباشرها الحائز حيازته قد وقع بعضها في خلال السنة السابقة على وقوع التعرض ، فقد قدمنا أن هذه الأعمال تتوقف على طبيعة الشيء ، فهناك أشياء تقتضي طبيعتها ألا تستعمل إلا في أوقات تتخللها فترات طويلة ، فإذا انقطع الحائز عن استعمالها في غير هذه الأوقات لم يعتبر انقطاعه عنها تخلياً منه عن الحيازة (أنظر آنفاً فقرة ٢٧٥ - وأنظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١١ ص ٢٢٢ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢) .

إثبات أن حيازته قد دامت سنة كاملة على الأرجح المتقدم الذكر (١) . وله في حساب السنة أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . سواء كان المدعى خلفا عاما لهذا السلف (٢) أو كان خلفا خاصا (٣) .

٣٣٠ — المدعى عليه في دعوى منع التعرض : والمدعى عليه في دعوى

منع التعرض هو الشخص الذي يتعرض للمدعى في حيازته . والتعرض الصادر من المدعى عليه إما أن يكون تعرضا ماديا (trouble de fait) ، أو تعرضا قائما على تصرف قانوني (trouble de droit) . وقد ينجم التعرض عن أشغال عامة (travaux publics) ، أو عن أشغال خاصة (travaux privés) رخصت فيها جهة الإدارة . وفي جميع الأحوال لا يجوز اللجوء إلى دعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه . والأصل أن دعوى منع التعرض ترفع ضد المدعى عليه نفسه الذي صدر منه التعرض ، وقد ترفع مع ذلك ضد الغير ولو كان حسن النية . فهذه جملة من المسائل نبحثها على التعاقب .

٣٣١ — تحديد معنى التعرض الصادر من المدعى عليه : يعتبر تعديا

يبيح رفع دعوى منع التعرض كل عمل مادي أو كل تصرف قانوني يتضمن . بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، ادعاء يعارض به المدعى عليه حيازة المدعى (٤) . فلدخول المدعى عليه في أرض يحوزها المدعى من غير

(١) والحيازة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، فإذا كن انواقع يخلف ما هو ثابت بالأوراق ، فلا عل المحكمة إذا هي أحالت دعوى منع التعرض عل التحقيق وكتب المدعى إثبات وضع يده الذي ينكره عليه خصمه ، ولو كان بيده محضر تسليم رسمي في تاريخ سابق (نقض مدني ١٥ يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة الكتب القلي لأحكام النقض في ٣٥ عاما جرم أول ص ٦٤٦ رقم ١٥٢) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٣٠١ .

(٣) أنظر آنفا ص ٨٩٣ هامش ٤ — أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٦

هامش ٤ وفقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢١٠ —

(٤) نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٤٥١ - ١١ يناير

سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٠ - ١ - ٣١٨ — أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ — بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٣ .

إذنه (١) يعتبر تعرضاً، بل قد بضل التعرض في هذه الحالة إلى حد إخراج المدعى من الأرض وسلبه حيازتها (dépossession) ويبقى الأمر مع ذلك في نطاق دعوى منع التعرض، لا في نطاق دعوى استرداد الحيازة التي تقتضي سلب الحيازة بالفترة أو بالغصب أو خفية (١) كما سبق القول. وإقامة المدعى عليه حائطا أو بناء في أرضه يسد به مطلا لجاره، أو يمنع به النور والهواء عنه، يعتبر تعرضاً. ورعى المدعى عليه مواشيه في أرض جاره دون إذن منه، ومروره فيها مدعياً أن له عليها حق ارتفاق بالمرور، ودخوله داراً يحوزها المدعى متمسكاً بأنه استأجر هذه الدار من مالكها أو أن له عليها حق انتفاع. كل هذه أعمال تعتبر تعرضاً للمدعى في حيازته، وتبيح لهذا الأخير رفع دعوى منع التعرض.

ويكفي أن يعارض المدعى عليه حق المدعى في الحيازة ليكون هناك تعرض

(١) أما إذا كان باذن فلا يعتبر تعرضاً. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قرر الحكم أن التعرض لم يبدأ بوضع المتعرض «نجيرة» في أرض النزاع باذن صاحب الأرض لأن هذا لا يعتبر تعرضاً لحقه بل هو تأييد لهذا الحق إذ حصل شغل أرضه برضاه، وإنما يبدأ التعرض حينما يظهر شاغل الأرض أو غيره بحق يتعارض مع حقه في حيازته للأرض، فإن هذا الذي أورده الحكم صحيح في القانون (نقض مدني ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ بمجموعة المكتب الفني لأحكام النقض) في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٨.

(٢) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٥ - ١٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٨ - ١٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥٨ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٦٤ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٧٤ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ - بلانويل وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٨ - وقد قضى بأنه يجوز رفع دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة في وقت واحد، وبأنه يجوز أن رفع دعوى التعرض أن يحولها إلى دعوى استرداد الحيازة دون أن يعد ذلك طلباً جديداً (نقض فرنسي ٤ أغسطس سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٧ - ١ - ٦٦). وهذا هو ما ذهبت إليه محكمة النقض في ١٠ أبريل، فقد قضت بأنه لا تأثير على المحكمة في أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة، تحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها. ذلك أنه لا تضارب ولا تعارض بين الدعويين، لأن أساسهما واحد هو الحيازة المادية بشروطها القانونية. والعرضان منهما واحد هو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها (نقض ١٠ أبريل سنة ١٩٥٥ بمجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٢ رقم ١٢٤ ورقم ١٢٥).

واقع من المدعى عليه (١) . فلا يشترط : (١) أن يكون التعرض قد ألحق ضرراً بالمدعى . فليس يلزم أن يكون كل تعرض صدر من المدعى عليه قد أحدث ضرراً للمدعى ، كما ليس يلزم أن يعتبر العمل الصادر من المدعى عليه تعرضاً لمجرد أنه أحدث ضرراً للمدعى . وفي هذه الحالة الأخيرة ، إذا كان العمل قد أحدث ضرراً للمدعى دون أن يتضمن ادعاء يعارض حيازته ، لا يكون هناك محل لرفع دعوى منع التعرض . وإنما يكون للمدعى أن يرفع دعوى التعويض (٢) . (٢) أو أن يكون التعرض غير قائم على أساس حق ثابت للمدعى عليه . فحتى لو كان المدعى عليه يستند في تعرضه إلى حق ثابت له ، فإنه يقضى عليه مع ذلك بمنع التعرض ، لأن قاضي الحيازة لا شأن له بموضوع الحق . ودعوى منع التعرض إنما تحمي الحيازة في ذاتها متى كانت ثابتة ، بصرف النظر عما إذا كان للحائز حق يستند إليه في حيازته أو ليس له هذا الحق (٣) . (٣) أو أن يكون المدعى عليه سيء النية . فحتى لو كان المدعى عليه حسن النية في تعرضه ، وكان بالرغم من أنه ليس له حق يستند إليه في تعرضه يعتقد بحسن نية أن له هذا الحق ، فإنه يقضى عليه مع ذلك بمنع التعرض . ذلك بأن دعوى منع التعرض إنما تحمي الحيازة في ذاتها متى كانت ثابتة كما قدمنا ، بصرف النظر عما إذا كان المتعرض سيء النية أو حسن النية (٤) . (٤) أو أن تكون أعمال التعرض قد وقعت رأساً في العقار الذي يحوزه المدعى . فقد تنفع

(١) واستفادة النزاع في وضع اليد من التشكيك والمعارضة الحاصلة من مدعى الملكية هي من المسائل الموضوعية المذكورة لمطلق تقدير قاضي الموضوع ، ولا هيئة عليه لمحكمة النقض (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥١) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤ و ص ٢٢٣ هاش ٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ - نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ٤٨١ - ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٤٥٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ - ٢٣٩ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ - نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت دي باليه ٩ يولييه سنة ١٩٢٥ .

(٤) أوبري ورو فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ .

هذه الأعمال في عقار يحوزه المدعى عليه ، أو في عقار يحوزه الغير (١) .
(هـ) أو أن تكون أعمال التعرض قد اقترنت بالعنف أو ارتكبت علناً . فقد تكون هذه الأعمال لم تقترن بأى عنف أو تكون قد ارتكبت خلسة وفي خفية عن المدعى ، وتبقى مع ذلك تعرضاً يجوز دفعه بدعوى منع التعرض (٢) .

٣٣٢ — التعرض المادى والتعرض القائم على تصرف قانونى :

والتعرض الصادر من المدعى عليه ، على النحو الذى بسطناه ، إما أن يكون تعرضاً مادياً أو تعرضاً قائماً على تصرف قانونى .

فالتعرض المادى هو عمل مادى من أعمال التعدى يقع على حيازة المدعى . وقد قدمنا كثيراً من الأمثلة على التعدى المادى ، فاقامة المدعى عليه حائطا أو بناء في أرضه يسد به مطلا لجاره ، ورعى المدعى عليه مواشيه في أرض جاره دون إذن منه ، ومروره فيها مدعياً أن له حق إرتفاق بالمرور ، بكل هذه أعمال تعتبر تعرضاً مادياً للمدعى في حيازته . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان هناك تعرض مادى ، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض (٣) .

أما التعرض القائم على تصرف قانونى ، فيقوم على تصرف يصدر من المدعى عليه يعلن به نيته في معارضته لحيازة المدعى . وقد يصدر هذا التصرف

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ - نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت دى باليه ١٩٢٧ - ١ - ٧٢١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ سبويه ١٩٤٥ - ١ - ٤٥ - ٣١ يناير سنة ١٩٥٠ جازيت دى باليه ١٩٥٠ - ١ - ٢٢٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٦ ص ٢٠٤ - نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٠١ سبويه ١٩٠٣ - ١ - ٤٥٠ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ سبويه ١٩٢٤ - ١ - ٨٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٥ - ١ - ٢٣٩ - وإذا كان هناك مبررين عدة شركاء ، فأقام أحدهم حوائط حول عقاره من شأنها تضيق المسر إلى حد كبير ، كان هذا تعرضاً مادياً لباقي الشركاء (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٨٢) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢ (إقامة السلم جميعه بمدة الأربعة داخل المسر) . وإذا أقام صاحب أرض محاذية لضفة النهر أعمالاً في الضفة القرض منها ، ليس فحسب حماية ضفته ، بل أيضاً تحويل التيار إلى الضفة المقابلة ، كان هذا تعرضاً مادياً لصاحب الأرض المحاذى لهذه الضفة الأخيرة (نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٨٢٩ سبويه ٣٠ - ١ - ٣٢ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ هامش ٢٣) .

خارج مجلس القضاء . كما إذا أُنذر المدعى عليه مستأجراً بدفع الأجرة له هو لا للمؤجر فيكون هذا تعرضاً لحيازة المؤجر بغير موئجرة ، وكما إذا أُنذر المدعى عليه المدعى ألا يقيم بناءً في الأرض التي يحوزها هذا الأخير فيكون هذا تعرضاً لحيازة المدعى للأرض . ويعتبر كذلك تعرضاً قائماً على تصرف قانوني صادر خارج مجلس القضاء تحرير محضر من جهة الإدارة لحائز العقار فيما يختص بأعمال حيازته لهذا العقار ، وصدور قرار إداري باعتبار طريق يحوزه المدعى طريقاً عاماً . وقد يقع التعرض عن طريق نزاع في الحيازة يرفع أمام القضاء ، كرفع دعوى أو تقديم طلبات في دعوى يعارض فيها المدعى عليه حيازة المدعى . وكذلك يعد تعرضاً تنفيذ حكم على شخص لم يكن طرفاً في الخصومة (١) .

٣٣٣ — التعرض الناجم عنه الاستئصال العامة : وقد ينجم عن قيام الإدارة بأشغال عامة (travaux publics) تعرض لحيازة الأفراد ، فإذا كانت

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يحمي وضع اليد من كل تعرض له ، ويستوى في ذلك أن يكون التعرض اعتداءً محضاً من المتعرض أو بناءً على حكم مرسوم مزاد لم يكن واضح اليد خصماً فيه ، إذ الأحكام لاحقية لها إلا على الخصوم ، ولا يضر بها من لم يكن طرفاً فيها ، لافرق في هذا بين حكم مرسوم المزاد وغيره من الأحكام (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٧) . وانظر في هذا المعنى استئناف مخطط ٤ يوفيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٨ - وقضت أيضاً محكمة النقض بأن كل ما يوجه إلى واضح اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حقه يصلح لأن يكون أساساً لرفع دعوى منع التعرض ، حتى لو لم يكن هناك غصب . وإذن ففي كان الطاعن قد تدخل في الدعوى التي أقامها المظنون عليه الذي على المظنون عليه الثالث مدعياً أن له حقاً على الأرض محل النزاع في مواجهه المظنون عليه الأول الذي تدخل أيضاً في تلك الدعوى ، فإن هذا الإدعاء من الطاعن يعتبر تعرضاً للمظنون عليه الأول يميز له رفع منع التعرض (نقض مدني ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤١ رقم ١١٥) . وقضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه يعتبر تعرضاً قائماً على تصرف قانوني موجباً لدعوى منع التعرض الإنذار المعلن إلى من يدعي ملكية حائظ وضع يده عليه ، وقد نبه من أعلن الإنذار واضح اليد على الحائظ بعدم إجراء أي تعديل في حالته بدعوى أنه حائظ مشترك بين الطرفين (استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٦٢٣ ص ١٢٤٩) . وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ وفقرة ١٨٧ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٦ - أنسيكلوبيدي دالورز لمقط ١ (action possessoire) فقرة ٨١ - فقرة ٩١ .

هذه الأشغال العامة تنتهى إلى نزع ملكية الأفراد ، كلياً أو جزئياً ، دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، كان قاضى الحيازة المدنى مختصاً بإثبات قيام الحيازة إذا كانت متنازعا فيها ، وله كذلك أن يأمر بعدم المضي فى القيام بالأشغال العامة (١) . ولكن ليس له أن يأمر بهدم هذه الأشغال أو باعادة الأرض إلى حالتها الأصلية ، لأن هذا ينطوى على تعطيل لتنفيذ قرار إدارى ، ولا ولاية للقضاء العادى فى ذلك (٢) .

أما إذا كانت الأشغال العامة تؤدى بطريق غير مباشر إلى نزع الملكية ، كما إذا كان القانون يبيح استيلاء الإدارة على أملاك الأفراد استيلاء نهائياً دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، كان قاضى الحيازة المدنى مختصاً بتقرير حيازة المدعى وأنها دامت لمدة سنة ، لأن هذا يكون أساساً يستند إليه فى طلب التعويض المستحق له (٣) . ولكن لا يجوز لقاضى الحيازة أن يأمر بهدم الأشغال لأن فى هذا تعطيلاً لتنفيذ قرار إدارى ؟ (٤) ، ولا ولاية للقضاء العادى فى ذلك (٥) .

٣٣٤ — التعرض الناشئ عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة :

أما إذا نجم التعرض عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة ، كما إذا أدار شخص

- (١) مجلس الدولة الفرنسى ١١ أبريل سنة ١٨٦٣ سيرييه ٦٣ - ٢ - ١٨٣ .
- (٢) وقد قفست محكمة النقض بأن التعرض المستند إلى أمر إدارى اقتضت مصلحة عامة لا يصلح أساساً لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض ، وذلك لما يترتب حتماً على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه ، وهو ما يمنع على المحاكم بنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية . ولا يكون للحائز فى هذه الحالة من سبيل لرفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الإدارى لوقف تنفيذ الأمر الإدارى أو إلغائه (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٥٤ ص ١٧٦٣) . وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ ص ٢٠٧ - مجلس الدولة الفرنسى ٩ مارس سنة ١٨٧٠ سيرييه ٧١ - ٢ - ٢٨٥ - نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٩٩ سيرييه ٩٩ - ١ - ٢٦٧ .
- (٣) نقض فرنسى (دوائر مجمعة) ١٠ يولييه سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ٦٢٨ - نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٨٣ سيرييه ٨٣ - ١ - ٣١٢ .
- (٤) أدبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٦ - ص ٢٣٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ ص ٢٠٧ .
- (٥) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ - أنسيكلو ييدى دالوز اتخذ (action possessoire) فقرة ٢٢٤ - ٢٢٨ - نقض فرنسى ٨ أبريل سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٥٨ .

محملاً مقلقا للراحة أو مضرا بالصحة أو خطرا بعد أن حصل على رخصة في إدارته من جهة الإدارة ، فإن التعرض في هذه الحالة تسرى عليه القواعد العامة . فيختص القضاء العادي لا القضاء الإداري بنظره ، ويجوز الأمر بمنع التعرض وبإزالة الأعمال التي تمت ونجم عنها التعرض . ولا يمنع من ذلك صدور ترخيص إداري في القيام بهذه الأعمال ، فإن هذا الترخيص لا يعني أكثر من أن الأعمال المرخص فيها لا تتعارض مع مصلحة عامة ، مع حفظ حقوق الأفراد فيما إذا أصابهم ضرر من جراء هذه الأعمال (salvo juri tertii) . وعلى ذلك يستطيع أى شخص يقع تعرض لحيازته بنجم عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة أن يرفع دعوى منع التعرض على صاحب هذه الأشغال أمام القضاء العادي ، ويجوز لهذا القضاء أن يأمر بإزالة ما تم من الأعمال ونجم عنه التعرض وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه (١) .

كذلك إذا نجم التعرض عن أشغال قامت بها الدولة (أو شخص معنوي عام) في الأموال الخاصة التي تملكها (domaine privé) ، جاز لمن وقع التعرض لحيازته أن يرفع دعوى منع التعرض أمام القضاء العادي ، وأن يحصل على حكم بإزالة ما تم من أعمال نجم عنها التعرض ، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه (٢) .

٣٣٥ — عدم جواز اللجوء الدعوى مع التعرض لتغيير منفذ

يربط ما بين المدعى والمدعى عليه : ولا يجوز رفع دعوى منع التعرض بغرض تنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه ، فإذا كان التعرض ناجما عن عدم تنفيذ عقد كان على المدعى أن يطلب تنفيذ العقد بدعوى العقد لا بدعوى منع التعرض (٣) . وعلى ذلك إذا أتى الراهن رهن حيازة عملا ينقص من قيمة

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ وص ٢٢٦ — بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ٢٠٠ ص ٢٠٨ — نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٤١ - ١٩ يولييه سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٣٤٠ - ٩ يونيو سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧ - ١ - ١٠٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٠ ص ٢٠٨ — نقض فرنسي ١٣ ديسمبر

سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٩٤ .

(٣) نقض فرنسي ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ١٨٨ - أول فبراير

سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٦٤ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ -

٢ - ٧٨٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ - ١ - ١٤٧ .

الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، فليس للدائن المرتهن أن يلجأ إلى دعوى منع التعرض لإلزام الراهن بعدم الإخلال بعقد رهن الحيازة ، بل يلجأ إلى دعوى عقد رهن الحيازة ذاته لإلزام الراهن بتنفيذ العقد . وتنص المادة ١١٠١ مدني في هذا الصدد على أن « يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون » . كذلك إذا حال المؤجر دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، بخلاف ذلك بشروط عقد الإيجار ، فإن سبيل المستأجر إلى إلزام المؤجر بتنفيذ العقد ليس هو رفع دعوى منع التعرض ، بل رفع الدعوى الشخصية الناشئة عن عقد الإيجار (١) .

ولو جاز رفع دعوى منع التعرض لتنفيذ عقد ، لكان من جراء ذلك أن يتعرض قاضي الحيازة المرفوع أمامه دعوى منع التعرض إلى موضوع الحق الناشئ عن العقد لإلزام المدعى عليه بعدم الإخلال به ، وإرتب على ذلك الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى موضوع الحق ، وسرى فيما يأتي أنه لا يجوز الجمع بين الدعويتين (٢) .

٣٣٦ — رفع دعوى منع التعرض على المتعرض نفسه وعلى الغير :

وغنى عن البيان أن المدعى عليه في دعوى منع التعرض هو المتعرض نفسه ، أي

(١) نقض فرنسي ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ٢ - ٧٨٥ .

(٢) أنظر ماييل فقرة ٢٤٨ وما بعدها - وانظر فيما يتعلق بعدم جواز الالتجاء إلى

دعوى استرداد الحيازة لتنفيذ عقد آتفاً فقرة ٣٢٠ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

١٩٧ - أنيكلو بيدى دالوز ١ لفظ action possessoire - وقارن نقض مدني

٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤١

رقم ١١٧ .

وعلى ذلك لا يجوز الالتجاء إلى دعوى منع التعرض إذا قطعت شركة الكهرباء أو الغاز من

المشارك الكهرباء أو الغاز ، لوجود عقد بين الشركة والمشارك هو الذي يحكم العلاقة فيما بين

الطرفين (نقض فرنسي ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ١٨٨ - أول فبراير

سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٦٤) .

الشخص الذى صدرت منه أعمال التعرض . ويجل محل التعرض خلفه العام ، أى ورثته . فتوجه إليهم الدعوى بعد موت التعرض (١) .

ولا يحول دون أن يكون التعرض هو المدعى عليه أن يكون فى تعرضه قد عمل لصالح الغير أو بأمر منه . كما إذا كان التعرض قد صدر من المستأجر أو الوكيل بأمر من المؤجر أو من الموكل أو لصالحه (٢) . وليس للمستأجر أو الوكيل أن يطلب إخراجه من دعوى منع التعرض بحجة أنه إنما عمل بأمر من المؤجر أو من الموكل . بل يبقى خصما فى الدعوى وله أن يدخل المؤجر أو الموكل فيها ضامنا .

وإذا كان المطلوب فى دعوى منع التعرض تخلية العقار أو إعادة الحالة إلى أصلها ، فإن الدعوى يمكن أن ترفع على الغير الذى انتقل إليه العقار ، ولو كان هذا الغير حسن النية لا علم له بالتعرض . فيطالبه المدعى بالتخلية أو بإعادة الحالة إلى أصلها كما كان يطالب بالتعرض نفسه . ولكن لا يطالبه بمعيض عن الضرر الذى أصابه إلا إذا أثبت أنه سبب النية . وإذا كانت الدعوى استرداد الحيابة يمكن أن ترفع على الغير ولو كان حسن النية (٣) ، فأولى أن يكون هذا صحيحا بالنسبة إلى دعوى منع التعرض التى هى أكثر هيبة (٤) .

٣٣٧ — المدة التى ترفع فى غير لها دعوى منع التعرض : وقد رأينا (٥) .

أن المادة ٩٦١ مدنى تقضى بأن « من وقع له تعرض فى حيازته ، جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى يمنع هذا التعرض » . فدعوى منع التعرض يجب أن ترفع فى خلال سنة من وقت وقوع التعرض . وإذا كان التعرض أعمالا متعاقبة ، سرت مدة السنة من وقت أول عمل من هذه الأعمال يظهر فيه

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٣ -

نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١٠ - ١ - ٤٩٨ .

(٣) أنظر آنفا ص ٩١٨ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٣ .

(٥) أنظر آنفا فقرة ٣٢٨ .

بوضوح أنه يتضمن تعرضاً لحيازة المدعى (١) . وقد تكون أعمال التعرض المتعاقبة مستقلة بعضها عن بعض بحيث يعتبر كل عمل منها تعرضاً قائماً بذاته ، فتتعدد دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال ، وتسرى مدة السنة بالنسبة إلى كل دعوى منها من وقت وقوع العمل الذي أنشأها ، فتسرى هذه المدة بالنسبة إلى آخر دعوى من وقت وقوع آخر عمل من أعمال التعرض المستقلة (٢) . وإذا كان التعرض مبنياً على تصرف قانوني ، سرت السنة من وقت وقوع التصرف الذي اعتبر تعرضاً (٣) . وإذا كان التعرض عملاً قام به المدعى عليه في ملكه هو ، فلا تسرى السنة في دعوى منع التعرض إلا من الوقت الذي يتقدم فيه هذا العمل حتى يصبح تعرضاً واقعاً على حيازة المدعى (٤) . ومدة السنة هي مدة سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تسرى على غير كامل الأهلية والغائب ، ولا توقف ولا تنقطع (٥) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام

(١) نقض فرنسي ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٥٠١ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٣٠ - ١ - ٣٠٤ - ٩ يولييه سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ - ٢٩٤ .

(٢) قرينه أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٠ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ١٩٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٨ - نقض فرنسي ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٣١ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٠ - أما إذا كانت الدعوى التي يرفعها المدعى في هذه الحالة هي دعوى وقف الأعمال الجديدة لدعوى منع التعرض ، فإن السنة تسرى ، كما سيأتي ، من وقت البدء بهذه الأعمال . فإذا فات المدعى رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة في خلال هذه المدة ، كان له أن يرفع دعوى منع التعرض في خلال سنة من وقت تقدم الأعمال حتى تصبح تعرضاً واقعاً (أوبري ورو فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ هامش ١٤) .

(٥) ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن مدة السنة المشترطة في المادة ٢٦ مرافعات (قديم) عدم مضيها على الفعل الصادر من المدعى عليه هي مدة تقادم خاص ، تسرى عليه قواعد الانقطاع التي تسرى على التقادم المسقط العادي (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٢ رقم ١١٨) . وبنت على ذلك أنه إذا رفع واضح اليد دعواه أمام القضاء المستجبل طالباً إزالة اليد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيانه بواسطة إزالة اليد ، فإن هذا الطلب إذ يعتبر بمناء ومعناه طلباً بمنع التعرض يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو حكت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها ، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة . والرفع بأن التكاليف بالحضور أمام قاضي الأمور المستعجلة لا يقطع التقادم لأنه لا يؤدي إلا إلى إجراءات روتينية يقصد تأييد الحق فيما بعد فلا ينتج منه معنى الطلب الواقع فعلاً للمحكمة بالحق المراد انتصاره - هذا الرفع لا محل له حين يكون المدعى قد رفع أمام هذا القاضي طلباً أساساً بموضوع منع التعرض (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٢ رقم ١٢٢) . وانظر أيضاً في معنى أن مدة السنة مدة تقادم يرد عليها الوقف والانقطاع استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٢ .

في مدة السنة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة : فتحيل هنا إلى ما ذكرناه هناك (١) .

٣٣٨ — ماحكمكم : في دعوى منع التعرض : إذا توافرت شروط دعوى منع التعرض على الوجه الذي أسلفناه ، حكم للمدعى وهو الحائز للعقار ببقائه في حيازته (la maintenue possessoire) ومنع التعرض له في هذه الحيازة (٢) . وقد يقتضي ذلك الحكم بازالة أعمال قد تمت ، وبهدم بناء قد أقيم أو إقامة بناء قد حُدم ، وبإعادة الشيء إلى أصله (٣) . ويستوى في ذلك أن تكون أعمال التعرض قد تمت في عقار المدعى ، أو في عقار المدعى عليه ، أو في عقار الغير (٤) . على أنه لا يجوز للقضاء العادي ، كما قدمنا (٥) أن يحكم بازالة أشغال عامة أقامت بها جهة الإدارة : إذا كان هذا الحكم ينطوي على إلغاء قرار إداري أو تعطيل تنفيذه .

وبحكم قاضي الحيازة بمنع التعرض على الوجه سالف الذكر ، حتى وكان هناك ما يدعو إلى الاعتقاد بأن المتعرض سيفوز في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق . ذلك لأن قاضي الحيازة لا شأن له بالملكية ، ولا يجوز الجمع بين الحيازة والملكية كما سنرى (٦) . ومع ذلك يجوز لقاضي الحيازة ، في هذه الحالة ، أن يبيح المدعى عليه أجلاً يوقف فيه تنفيذ حكم الإزالة أو إعادة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢١ .

(٢) ولا يجوز المحكمة أن ترفض دعوى منع التعرض حتى لو ثبت لها أن أعمال التعرض قد انتظمت قبل رفع الدعوى (أوبري ورو ٢٠ فقرة ١٨٧ ص ٢٣١ - ص ٢٣٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن ولاية قاضي الحيازة في دعوى منع التعرض ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، تتسع لإزالة الأفعال المادية التي يجرها المدعى عليه ، باعتبار أن القضاء بها هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض (نفس مدني ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٥ من ٢٩٦) . وانظر نقض فرنسي ١٤ يونيو سنة ١٩٤٨ جازيت دي بابل ١٩٤٨ - ٢ - ٦٩ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - ص ٢٣٦ - نقض فرنسي ١٧ يناير

سنة ١٨٩٤ سيرييه ٩٦ - ١ - ١١٥ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٣ .

(٦) أنظر ، بابل فقرة ٣٤٨ ، وما بعدها .

الشيء إلى أصله ، بشرط أن يرفع المدعى عليه دعوى موضوع الحق أو دعوى الملكية في خلال هذا الأجل (١) .

ويجوز لقاضي الحيازة أن يحكم بغرامة تهديدية (astreintes) على المدعى عليه ، لإجباره على تنفيذ الحكم بإخلاء العقار أو بالإزالة أو بإعادة الشيء إلى أصله (٢) .

ويجوز لقاضي الحيازة أيضا أن يحكم على المدعى عليه بتعويض الضرر الذي أصاب المدعى من جراء أعمال التعرض التي صدرت من المدعى عليه ، ولو كان ذلك بناء على طلب إضافي يقدمه المدعى في دعوى منع التعرض . ولا يغير طلب التعويض من طبيعة دعوى منع التعرض في أنها دعوى من دعاوى الحيازة ، حتى لو قرر المدعى عليه أنه لا ينازع في حيازة المدعى (٣) . وإذا ادعى المدعى عليه المتعرض ، في دعوى فرعية ، أنه هو الحائز للعقار وقدم أدلة على ذلك ، نظر القاضي فيما إذا كانت حيازة المدعى عليه لا تتعارض مع حيازة المدعى ، وفي هذه الحالة حكم لكل منهما باستبقائه لحيازته وعدم تعرض الخصم الآخر له في هذه الحيازة . أما إذا تعارضت

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بمنع تعرض المدعى عليه في الطريق موضوع النزاع ، وكذلك بإزالة البناء الذي أقامه فيه المدعى عليه إذا لم يرفع في خلال أجل معين دعوى بملكيته للطريق ونفى حق ارتفاق المرور عليه للمدعى ، فإن هذا الحكم لا يجعل تنفيذ الإزالة مرهوناً بنتيجة الفصل في دعوى الحق ، بل يجعله مرهوناً بأمر آخر منقطع الصلة بتلك النتيجة وهو قيام المدعى عليه برفع الدعوى بالحق في خلال أجل معين ، وليس في هذا القضاء مخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٨ من أرقام . ذلك أنه وإن كانت ولاية قاضي الحيازة في دعوى مع التعرض تنزع لإزالة الأعمال المادية التي يجريها المدعى عليه باعتبار أن قضاء في هذه الحالة هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض ، إلا أن له في هذا الخصوص أن يقدر موجبات الإزالة ، فيقتضي بها أو يقرن قضاء في خصوصها بأجل يحدده للمدعى عليه ليرفع في خلاله الدعوى بالحق (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٤٩) - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٤ - نقض فرنسي ٢٨ يناير سنة ١٨٧٩ سيرة ٨٠ - ١ - ٢٥ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٤ -

نقض فرنسي ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٣ - ١ - ٣٤١ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - نقض فرنسي ٩ يونيو سنة ١٨٨٥ سيرة

٨٧ - ١ - ١١٩ - ١٩ أكتوبر سنة ١٨٨٧ سيرة ١ - ١ - ٣١١ .

الحيازتان : فان القاضى يفاضل فيما بينهما . ويقضى لمن كانت حيازته أفضل على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . فاذا تعادلت الحيازتان ، ولم يكن هناك وجه لتفضيل إحداها على الأخرى جاز للقاضى أن يحكم ببقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين . ويجوز له أيضا ، إذا لم يربط بقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين ، أن يحكم بأن يلجأ الخصمان إلى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق . وقد يقيم في هذه الحالة الأخيرة حارسا على العقار المتنازع على حيازته ، أو يقيم أحد الخصمين حارسا على ائتمان على أن يقدم حسابا عن غلته عند الاقتضاء ، فيكون لهذا الخصم حراسة موقفة مقرنة بالتزام بتقديم حساب عن الغلة (٢)

§ ٣ - دعوى وقف الأعمال الجديدة

(La dénonciation de nouvel oeuvre)

٣٣٩ - نص قانونى : تنص المادة ٩٦١ مدنى على ما يأتى :

- « ١ - من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة . وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته . كان له أن يرفع الأمر إلى القاضى طالبا وقف هذه الأعمال . بشرط ألا تكون قد تمت . ولم ينقض عام على البدء فى العمل الذى يكون من شأنه أن يحدث الضرر » .
- « ٢ - وللقاضى أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن فى استمرارها ، وفى كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة : تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحا للضرر الذى يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائى لمصلحته » (٣)

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٢٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٢

فقرة ٢٠٤ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٧ - ص ٤٨٠) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٥٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

وهذا النص يعرض لدعوى وقف الأعمال الجديدة ، وهي الدعوى الثالثة والأخيرة من دعاوى الحيازة . وهي تتميز عن دعوى استرداد الحيازة بأن الحيازة فيها لا تنتزع من الحائز ، وعن دعوى منع التعرض بأن الأعمال التي تصدر فيها من المدعى عليه ليست بأعمال تعرض قد وقع فعلا ، بل هي أعمال تكون تعرضا لو أنها تمت (٣) . ونبحث في شأنها ، كما بحثنا في شأن دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض : المسائل الآتية (١) : المدعى في دعوى وقف الأعمال الجديدة . (٢) المدعى عليه في هذه الدعوى . (٣) المدة التي ترفع الدعوى في خلالها . (٤) ما يحكم به القاضي في هذه الدعوى .

٣٤٠ — المدعى في دعوى وقف الأعمال الجديدة . إمامة : المدعى في

هذه الدعوى هو نفس المدعى في دعوى منع التعرض . فهو الحائز للعقار ،

(١) ولكن أنظر م ٢٦ فقرة ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ونصها : « ويحكم (القاضي الجزئي) أيضاً في الدعاوى الآتية ببيانها ويكون حكمه انتهايياً : (ثالثاً) الدعاوى المتعلقة بالمنازعة في وضع اليد على العقار المبنية على فعل صادر من المدعى عليه لم تحض عليه سنة قبل رفع الدعوى » .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السوري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٥ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن أنظر المواد ١٣ و ٤٨ - ٤٩ و ٥١ من

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني : أنفاً ص ٩١٢ هامش ١ وص ٩٢٦ هامش ٤) .

(٣) فدعوى وقف الأعمال الجديدة هي إذن دعوى مستقلة من دعاوى الحيازة ، وقد أفرد لها

التقنين المدني المصري نصاً مستقلاً ، واعتبرها القضاء الفرنسي دعوى مستقلة (نقض

فرنسي ٤ فبراير سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٩٧ - ٧ أبريل سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٥ -

١ - ٣٨١ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ١ - ٢٥) - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة

١٨٨ ص ٢٢٧ هامش ٢ - بادنيول وزيير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٥) .

ويجب عليه أن يثبت أن حيازته خالية من العيوب . أى حيازة مستمرة علنية هادئة غيره غامضة (١) . ويجب أن يثبت كذلك أن حيازته حيازة أصيلة لا حيازة عرضية ، أى أنه يجوز لحساب نفسه لا لحساب غيره . وإذا قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة يجوز الرجوع فيه فى أى وقت ، فإن الحيازة لا تكون عرضية إلا بالنسبة إلى المالك المتسامح أو إلى جهة الإدارة المرخصة ، وفيما عدا هذين تعتبر الحيازة حيازة أصيلة تبيح رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة . ولا يشترط أن يكون الحائر حسن النية . ويشترط أن تكون حيازة المدعى قد دامت سنة كاملة على الأقل ، وتنص على ذلك صراحة المادة ٩٦٢ / ١ مدنى كما رأينا (٢) إذ نقول : « من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة » . وللمدعى ، فى حساب السنة ، أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ، سواء كان المدعى خلفا عاما أو خلفا خاصا .

وجميع ما بسطناه فى شأن المدعى فى دعوى منع التعرض ينطبق على المدعى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (٣) .

٣٤١ - المدعى عليه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة : والمدعى عليه

فى دعوى وقف الأعمال الجديدة هو الشخص الذى يبدأ أعمالا لم تصل بعد إلى أن تكون تعرضا وقع فعلا على حيازة المدعى ، ولكن هناك من الأسباب المعقولة ما يدعو إلى الاعتقاد بأن هذه الأعمال لو تمت لكانت تعرضا كاملا لحيازة المدعى . ففى حين أن دعوى منع التعرض تحمى الحيازة من تعرض حال وقع فعلا كما رأينا ، إذا بدعوى وقف الأعمال الجديدة تحمى الحيازة من تعرض مستقبل على خطر الوقوع . مثل ذلك أن يبدأ شخص بناء حائط فى حدود أرضه أو إقامة بناء ، لو أنه مضى فيه إلى نهايته لسد النور والهواء على جاره أو لسد مطلا لجاره ، ولنجم عن ذلك تعرض لحيازة الجار للعقار المجاور أو للمطل . فالمدعى عليه ، وهو لا يزال آخذا فى بناء الحائط أو إقامة

(١) نقض فرنسى ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ سيري ١٩٢٢ - ١ - ٢٧٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٩ .

البناء ، لم يسد بعد النور والحواء أو المطل على جاره . ومن ثم لا يكون هناك محل لرفع دعوى منع التعرض ، لأن التعرض لما يقع . ولكن يكون هناك محل لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فيصدر قاضي الحيازة حكماً بوقف بناء الحائط أو بوقف إقامة البناء إلى أن يفصل في دعوى موضوع الحق (١) .

ويشترط في الأعمال التي يجب طلب وقفها بدعوى وقف الأعمال الجديدة أمران :

(الأمر الأول) أن تكون هذه الأعمال قد بدأت ولكنها لم تتم . وذلك لأنها لو تمت لوقع التعرض فعلاً ، ولكان الواجب في هذه الحالة ليس رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ، بل رفع دعوى منع التعرض . على أنه يجب أن تكون هناك أسباب معقولة تدعو للاعتقاد إلى أنه لو تمت هذه الأعمال ، لنجم عنها تعرض فعلي لحيازة المدعى . وهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع ، ويستعين في ذلك بالمعينة ، وقد يستعين برأي الخبراء . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٩٦٢ مدني ، كما رأينا (٢) ، صراحة على هذا الشرط إذ تقضي بأن الحائز للعقار إذا خشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته ، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضي طالباً وقف هذه الأعمال . بشرط ألا تكون قد تمت

(والأمر الثاني) أن تكون هذه الأعمال التي بدأها المدعى عليه قد وقعت في عقاره هو ، لا في عقار المدعى ولا في عقار الغير . وهذا الشرط يستخلص من طبائع الأشياء ، لأن الأعمال لو بدأت في عقار المدعى لكان التعرض حالاً لا مستقبلاً ، ولو بدأت في عقار الغير لكان التعرض لحيازة هذا الغير قد وقع هو أيضاً حالاً لا مستقبلاً ، ولوجب في الحالتين رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة (٣) . بقي أن يكون الغير راضياً بهذه الأعمال أو متواطئاً مع المدعى عليه في شأنها . وفي هذه الحالة يكون الغير شريكاً للمدعى عليه ، ويستوى إذن أن تبدأ الأعمال في عقار المدعى عليه أو في عقاره هو .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وموضوع الدعوى ليس هو تعرضاً تم ، بل أعمالاً لو تمت لكان فيها تعرض للحيازة ، كما إذا بدأ شخص بناء حائط لوثم لسد النور على مطل لجاره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩ .

(٣) أوبرى وزو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٣٨ .

٣٤٢ - المدة التي ترفع في فمزلها دعوى وقف الأعمال الجديدة :

وقد رأينا (١) أن المادة ١/٩٦٢ مدني تقضي بأن يرفع المدعى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، بشرط ألا تكون قد تمت ، ولم ينقض عام على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر . فدعوى وقف الأعمال الجديدة يجب أن ترفع أولاً قبل الانتهاء من الأعمال الجديدة ، لأن هذه الأعمال لو تمت لوقع التعرض فعلاً ولوجب رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة كما سبق القول (٢) . ويجب أن ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ثانياً في خلال سنة من وقت البدء بهذه الأعمال (٣) .

وتسرى السنة من وقت البدء بالأعمال الجديدة كما قدمنا ، فلو كانت أعمالاً متعاقبة سرت المدة من وقت البدء في أول عمل منها فلو انقضت السنة دون أن ترفع الدعوى ، ورفعت بعد ذلك ، لم تكن مقبولة ، حتى لو كانت الأعمال الجديدة لم تتم . ويجب في هذه الحالة على المدعى أن يترصد حتى تتم هذه الأعمال ويقع التعرض فعلاً على حيازته ، وعندئذ يكون له أن يرفع دعوى منع التعرض في خلال سنة من وقت وقوع التعرض أي من وقت تمام الأعمال الجديدة (٤) .

ومدة السنة هي مدة سقوط لا مدة تقادم ومن ثم تسرى على غير كامل الأهلية والغائب ، ولا توقف ولا تنقطع ، وقد سبق بيان ذلك بالنسبة إلى دعوى استرداد الحيازة (٥) ، وبالنسبة إلى دعوى منع التعرض (٦) .

٣٤٣ - ما يحكم به في دعوى وقف الأعمال الجديدة : والذي يحكم به

القاضي في دعوى وقف الأعمال الجديدة : ليس هو إزالة الأعمال الجديدة

(١) أنظر فقرة ٣٣٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٤١ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد : « يرفع الجار دعوى وقف الأعمال الجديدة بشرط ألا يكون قد مضى عام على العمل الذي بدأ ، وبشرط ألا يكون العمل قد تم ، فإن تم العمل كانت الدعوى التي ترفع هي دعوى منع التعرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٤) أنظر أوبري ودر ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ هامش ١٤ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٢١ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٧ .

التي بدى بها كما كان يحكم بذلك لو أن الدعوى كانت دعوى منع التعرض ، بل وقف هذه الأعمال دون إلزالتها (١) . وتنص المادة ٩٦٢ / ١ مدني بذلك صراحة ، كما رأينا (٢) ، إذ تقول إن للمدعى أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال » .

ولا تخلو الحال من أحد أمرين :

(١) فاما أن يرى قاضي الحيابة أن المدعى على حق في دعواه ، ويقدر أن هناك أسبابا معقولة يخشى معها أن يكون هناك تعرض فعلى الحيابة المدعى لو تمت الأعمال الجديدة . فعند ذلك يحكم القاضي بوقف الأعمال وعدم الاستمرار ، إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها . وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر المدعى الذي حكم لمصلحته بتقديم كفالة مناسبة ، تكون ضمانا للمدعى عليه الذي قضى عليه بوقف الأعمال التي بدأها . فإذا ما قضى بحكم نهائي ، في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، أن المدعى عليه كان هو الحق ، وأن اعتراض المدعى على استمرار الأعمال الجديدة كان على غير أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيابة ، جاز أن يحكم على المدعى بتعويض لإصلاح الضرر الذي أصاب المدعى عليه من جراء وقف الأعمال التي بدأها . وعندئذ تكون الكفالة التي قدمها المدعى بناء على حكم قاضي الحيابة ضمانا لهذا التعويض .

(٢) أو أن يرى قاضي الحيابة أن المدعى ليس على حق في دعواه لأن شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة لم تتوافر ، فيقضى برفض الدعوى ، ومن ثم يستمر المدعى عليه في الأعمال الجديدة التي بدأها إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها . وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر المدعى عليه المحكوم لصالحه بتقديم كفالة مناسبة ، تكون ضمانا للمدعى الذي حكم برفض دعواه . فإذا ما قضى بحكم نهائي ، في دعوى الملكية أو دعوى

(١) استئناف مخطوط ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٩ - والقضاء بوقف الأعمال

الجديدة هو قضاء مؤقت ، فالمدعى عليه أن يرضى فيها إذا قضى لمصلحته في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٢٩ - نقض فرنسي ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٣٨٥) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٢٢٩ .

موضوع الحق ، أن المدعى كان هو الحق وأن اعتراضه على مضي المدعى عليه في الأعمال الجديدة كان على أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيازة ، جاز أن يحكم على المدعى عليه بإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها . وعندئذ تكون الكفالة التي قدمها المدعى عليه بناء على حكم قاضي الحيازة ضماناً لهذه الإزالة .

وهذا هو الذي قضت به صراحة الفقرة الثانية من المادة ٩٦٢ مدني ، فهي تنص ، كما رأينا (١) على ما يأتي : « وللقاضي أن يمنع استمرار هذه الأعمال أو أن يأذن في استمرارها ، وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة ، تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى بين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحاً للضرر الذي يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائي لمصلحته » (٢) .

ويخلص مما تقدم أن هناك فروقاً ثلاثة بين دعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى منع التعرض : (١) في دعوى وقف الأعمال الجديدة تبدأ الأعمال في عقار المدعى عليه ، أما في دعوى منع التعرض فقد تكون في عقار المدعى عليه أو في عقار المدعى أو في عقار الغير . (٢) في دعوى وقف الأعمال الجديدة تبدأ هذه الأعمال دون أن تتم ودون أن يقع تعرض فعلي ، أما في دعوى منع التعرض فتتم هذه الأعمال ويقع تعرض فعلي . (٣) في دعوى وقف الأعمال الجديدة يقضي بوقف الأعمال الجديدة دون إلزائها ، أما في دعوى منع التعرض فيجوز أن يقضى . بإزالة هذه الأعمال (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩ .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية لشروع التمهيد في هذا الصدد : « فإذا استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها ورفعت في الميعاد ، كان للقاضي حسب تقديره أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها بكفالة في الحالتين . فتكون الكفالة في الحالة الأولى لضمان التعويض فيما إذا تبين في دعوى الموضوع أن الأعمال التي وقفت كان ينبغي أن تستمر ، وفي الحالة الثانية لضمان التعويض فيما إذا تبين أن الأعمال التي أذن في استمرارها كان ينبغي أن توقف » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩ - ص ٤٨٠) .

(٣) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٠ - وقد تحول دعوى وقف الأعمال الجديدة إلى دعوى منع تعرض ، إذا تضمنت الأعمال الجديدة تهديداً خطيراً بأن يقع التعرض -

المطلب الثاني

العلاقة بين الحيازة والملكية

٣٤٤ - مسأله : في العلاقة ما بين الحيازة والملكية ، نقابل ما بين

دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، ثم نتكلم في العلاقة ما بين الحائز والمالك فيما يختص باسترداد الحائز للمصرفات وبمسئوليته عن الهلاك فيما لو ظهر أن الحائز غير مالك .

§ ١ - دعوى الحيازة ودعوى الملكية

٣٤٥ - المقابر ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية : بسطنا فيما تقدم

دعوى الحيازة الثلاث ، وإلى جانب دعوى الحيازة (actions possessoires) توجد دعوى الملكية (actions pétitoires) . والفرق بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن دعوى الحيازة لا تحمي إلا الحيازة في ذاتها ولا شأن لها بالملكية أى بموضوع الحق ، أما دعوى الملكية فعلى العكس من ذلك تحمي الملكية أى موضوع الحق ولا شأن لها بالحيازة إلا حيث تكون الحيازة سببا لكسب الملكية . وقد قدمنا أن دعوى الحيازة الثلاث يقابلها دعوى ملكية ثلاث : فيقابل دعوى استرداد الحيازة دعوى استرداد الملكية وهذه هي دعوى الاستحقاق ، ويقابل

فعلا لو تمت هذه الأعمال ، وهذا ذلك يجوز للقاضي أن يأمر بإزالة الأعمال الجديدة لا يوقفها قسب على اعتبار أن هذا التهديد الخطير قد حول الدعوى إلى دعوى منع تعرض يجوز الحكم فيها بالإزالة (بازو فقرة ١٤٦٤ - أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ action possessoire فقرة ١١٧ - فقرة ١٢٣ - نقض فرنسي ٤ فبراير سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٩٦) .

وتختلف دعوى وقف الأعمال الجديدة عن الطلب المستجبل . وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن دعوى وقف الأعمال الجديدة تمد من دعوى وضع اليد على عقار أو حق منى عقارى ، وموضوعها حماية اليد من تعرض يهددها ، ويقضى الفصل فيها ثبوت الحيازة القانونية ، وتوافر أركانها والشروط اللازمة لحايتها . وتختلف هذه الدعوى عن الطلب المستجبل الذى يرفع إلى قاضى الأمور المستعجلة بوصفه كذلك ويقضى فيه على هذا الأساس ، إذ مناط اختصاصه بنظر هذا الطلب أن يقوم على توافر الخطر والاستعجال الذى يبرر تدخله لإصدار قرار وقضى ، يراد به رد عنوان يبدو للوهلة الأولى أنه يضر حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى استنعاؤه إذا ما فات عليه الوقت . والحكم الذى يصدره القاضى المستجبل في هذا الشأن هو قضاء بإجراء وقضى لا يمس أصل الحق (نقض منى ١٨ يناير سنة ١٩٢٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٠ ص ١٤٧) .

دعوى منع التعرض في الحيازة دعوى منع التعرض في الملكية ، ويقابل دعوى وقف الأعمال الجديدة في الحيازة ، دعوى وقف الأعمال الجديدة في الملكية . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا بعدد دعاوى الملكية ، فكانت المادة ١١٦٥ من هذا المشروع تنص على أن « لمالك الشيء أن يسرده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق ، وأن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن التعرض ، وإذا خشى تعرضا كان له أن يطالب بمنع وقوعه » (١) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، « اكتفاء بالقواعد العامة » (٢) .

وقد سبق أن قررنا في صدد دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية ما يأتى : « ولما كانت دعاوى الحيازة لا تقتضى إلا أن يثبت المدعى حيازته مستوفية لشرائطها ، أما دعاوى الملكية فتقتضى أن يثبت المدعى ملكيته للشيء ، وهو إثبات أشد مشقة بكثير من إثبات مجرد الحيازة ، لذلك يلجأ المالك عادة إلى دعاوى الحيازة ليحمى بها حيازته . ولا يتكلف مشقة الإثبات بعد ذلك كما قدمنا ، بل على من يدعى الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز ، ويتحمل هو دون الحائز ثبوت إثبات الملكية ، وهو عبء شاق كما سبق القول . ومن ثم حلت دعاوى الحيازة في العمل محل دعاوى الملكية ، وأغنت عنها في كثير من الأحوال » (٣) .

٣٤٦ - إثبات الحيازة - نص قانونى : تنص المادة ٩٦٣ مدنى على ما يأتى :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ فى الماش - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والرؤية الثانية لحماية حق الملكية هى دعاوى الملكية التى وضعت على غرار دعاوى الحيازة ، ولكن هذه أكثر استعمالا لسهولة . فلذلك أن يسرد ملكه من أى يد كانت وهذا ما يسمى بدعوى الاستحقاق ، وله أن يطلب منع تعرض الغير لملكه ، وإيقاف كل عمل لو تم لكان تعرضاً . ولكنه فى هذه الدعاوى الثلاث يطالب بإثبات حق ملكيته . وأهم هذه الدعاوى وأكثرها انتشاراً هى دعوى الاستحقاق . والأصل فى دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز ، فهو المدعى عليه فى هذه الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣ فى الماش .

(٣) توطيط ٨ فقرة ٣٧٠ ص ٥٩٨ .

« إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة » (١) .

ويخلص من هذا النص أن الحيازة ، وهي تتكون من عنصرين عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد ، يكفي في إثباتها مبدئياً لإثبات العنصر الأول وهو عنصر الحيازة المادية . ولما كانت الحيازة المادية هي واقعة مادية ، فانه يجوز لمن يتمسك بأنه حائز لحق معين أن يثبت هذه الحيازة بجميع طرق الإثبات . ويدخل في ذلك البينة ، فيجوز للقاضي أن يحيل الدعوى على التحقيق ، ليثبت من يدعى الحيازة حيازته بالبينة . ويجوز أيضاً أن يقبل القاضي طريقاً آخر للإثبات غير البينة ، فيستخلص من وقائع الدعوى والأوراق والمعاينة ثبوت الحيازة المادية أو عدم ثبوتها . وعلى مدعى الحيازة أن يثبت أيضاً خلوها من العيوب ، وأنها حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (٢) . فإذا ظهر أنها حيازة معيبة ، كأن ثبت أن الحائز قد حصل عليها بالإكراه أو في خفاء ، فإنها لا تصلح أن تكون قرينة على وجود الحيازة القانونية .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شيء واحد ، اعتبر حائزاً بصفة مؤقتة من كانت له الحيازة المادية ، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معيبة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٣٨ في المشروع النهائي بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٣ ، بعد استبدال كلمة « حق » بكلمة « شيء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨١ - ص ٤٨٢)

ولامقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ - ص ٢٠٢ - وانظر ، فيما إذا تنازع شخصان حيازة حق ، في قواعد المناضلة مابين الحيازتين المقررة في المادة ١/٩٥٩ مدنى وتنص على أن « الحيازة الأحق بالترتيب هي الحيازة التى تقوم على سند قاعوى ، فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو تعادلت مستنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هي الأسبق التاريخ » . وقد سبق بسط هذه القواعد (أنظر فقرة ٣٢٥) .

أما إذا أثبت الحائز الحيازة المادية على الوجه المتقدم الذكر ، قامت هذه الحيازة وحدها قرينة على وجود الحيازة القانونية . كاملة ، أى الحيازة مقترنة بعنصر القصد . فعنصر القصد ، أى أن الحائز يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره ، هو إذن يفترض بثبوت الحيازة المادية . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للخصم الآخر أن يدحضها بأن يثبت أن عنصر القصد غير موجود ، وأن الحائز بالرغم من ثبوت الحيازة المادية لديه إنما يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه . كذلك يجوز للخصم أن يثبت أن الحائز إنما تقوم حيازته على عمل من أعمال التسامح ، فينتفى بذلك عنصر القصد .

٣٤٧- إنبات الملكية - نص قانونى : تنص المادة ٩٦٤ مدنى على ما يأتى :

« من كان حائزاً للحق ، اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - من كان حائزاً لشيء أو للحق ، اعتبر مالكا له حتى يقوم الدليل على العكس . ٢ - وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق ، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلق منه الحيازة » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة « الشيء » ، واستبدلت كلمة « صاحبه » بعبارة « مالكا له » فى الفقرة الأولى ، وحذفت الفقرة الثانية « اكتفاء بالقواعد العامة » . فأصبح النص تحت رقم ٩٦٤ ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٢ - ص ٤٨٤) . ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٥٧ : ١ - من حاز شيئاً اعتبر مالكا له ، حتى يقوم الدليل

على العكس . ٢ - وإذا ادعى الحائز أن حيازته منصبه على حق شخص أو على حق عينى غير الملكية ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس ، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلق منه الحيازة . (والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى فى حكم الفقرة الأولى ، ومع المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ومع القواعد العامة فى حكم الفقرة الثانية) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

وبخلص من هذا النص أن القانون قد أقام قرينة قانونية ، إذ جعل من
 حيازة الحق قرينة على الملكية . والقرينة غير قاطعة ، فهي تقوم لصالح الحائز ،
 حتى يقيم خصمه مدعى الملكية الدليل على عكس ذلك وأنه هو المالك (١) .

وقد سبق أن فصلنا طرق إثبات الملكية ، بعد أن قسمناها إلى طرق إثبات
 دلالتها يقينية وطرق إثبات دلالتها ظنية . فالطرق الأولى هي السجل العيني
 والتقدم والحيازة ، والطرق الأخرى هي قرائن قضائية تثبت احتمالات راجحة
 (probabilités) كسند التملك والمكافئة ودفع الضرائب وخربطة فك
 الزمام والتسجيل . وقد تتعارض طرق الإثبات ، فإذا قدم كل من الخصمين
 في دعوى الملكية طرق إثباته وتعارضت هذه الطرق ، فهناك طريقان قاطعا
 الدلالة في الملكية هما السجل العيني والتقدم المكسب . فتي استطاع الخصم أن
 يثبت ملكيته عن طريق السجل العيني ، إذا كان هذا السجل ساريا في المنطقة
 التي فيها العقار المتنازع فيه ، كان هو المالك . فإذا لم يكن السجل العيني ساريا ،
 واستطاع الخصم أن يثبت أنه تملك العقار المتنازع فيه بالتقدم ، كان هو المالك .
 فإذا لم يكن السجل العيني ساريا ، ولم يستطع الخصم أن يثبت الملكية بالتقدم ،
 فالصورة المألوفة التي تبقى بعد ذلك أن يكون المدعى عليه هو الحائز للعقار .
 فيتمسك بالحيازة قرينة قانونية على أنه هو المالك ، ويلقى على عاتق خصمه
 عبء دحض هذه القرينة . فإذا لم يقدم المدعى قرينة تدحض قرينة الحيازة ،
 رفضت دعواه وبني الحائز على حيازته . أما إذا قدم المدعى قرينة تعارض
 قرينة الحيازة ، من سند تملك أو مكافئة أو دفع ضرائب أو غير ذلك ، وقدر
 القاضي أن القرينة التي قدمها المدعى تدحض قرينة الحيازة ، حكّم للمدعى
 بالملكية . فالقرينة التي تدحض قرينة الحيازة ينبغي أن يترك أمر تقديرها إلى

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٤ ص ٦٠٤ - ص ٦٠٥ - وقد قضت محكمة النقض
 بأن الحيازة مجرد قرينة قانونية على الملك يجوز نفيها ، فإذا كان الحكم قد انتهى إلى ما قرره
 من نفي ملكية حائز الأرض موضوع النزاع بأسباب موضوعية بئسنة ، فإنه لا يكون هناك
 محل لنفي عليه بالخطأ في فهم أثر القرينة المستفادة من الحيازة المنصوص عليها في المادة ٩٦٤
 مدني (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢) . وانظر أيضاً
 استئناف وطني ٢٧ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ١٧٢ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع
 ٢ رقم ٩٠ ص ٩٠ .

القاضي ، فهو الذي يقدر ما إذا كانت الاحتمالات المستمدة من الحيازة أقوى فرفض دعوى الملكية . أو أن الاحتمالات المستخرجة من الفرائث التي قدمها المدعى هي الأقوى فيقضى له بالملكية (١) .

ويخلص مما تقدم أن القانون قد رسم طريقاً لإثبات الملكية . واستعان في ذلك بقرينتين قانونيتين : (الأولى) أن الحيازة المادية قريبة على الحيازة القانونية ، إلى أنه يثبت العكس . (والثانية) أن الحيازة القانونية قريبة على الملكية ، إلى أن يثبت العكس . فيستطيع الخصم الذي يتمسك بأنه هو المالك أن يبدأ بإثبات حيازته المادية ، ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات . وعند التنازع ما بين حيازتين رسم القانون طرق المفاضلة فيما بينهما على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم (٢) . فإذا ما ثبتت الحيازة المادية ، كانت هذه الحيازة قريبة على الحيازة القانونية ، إلا إذا أقام الخصم الآخر الدليل على العكس . أما إذا لم تدحض هذه القرينة وثبتت بذلك الحيازة القانونية ، فإن هذه الحيازة تكون هي بدورها قريبة على الملكية ، وذلك بشرط ألا يحتاج الحائز بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة (٣) . وإذا قامت الحيازة القانونية قريبة على الملكية ، فإن

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٨ فقرة ٣٧٤ - فقرة ٣٧٦ - وانظر في القواعد التي وضعها القضاء الفرنسي في المفاضلة ما بين طرق إثبات الملكية التي يقدمها كل من الخصمين عند التعارض ما بين هذه الطرق في الصور الثلاث لهذا التعارض الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ - فقرة ٣٨٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٥ .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٦٤ مدني يتضمن فقرة ثانية تنفي بهذا الحكم الأخير ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية ، شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قريبة وجود هذا الحق ، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتاج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (أنظر آنفاً فقرة ٣٤٦ في الماش) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص المخوف ما يأتي : « ويلاحظ أن الحيازة إنما تكون قريبة على الملكية إذ لم تكن هناك علاقة استغلال بين مدعي الملكية والحائز ، أما إذا كان هذا خلفاً لذلك فلا يجوز أن يحتاج الخلف على السلف إلا بالاتفاق الذي انتقلت بمقتضاء الحيازة . فالمستأجر مثلاً لا يستطيع أن يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة القانونية ، ثم من هذه القرينة على الملكية . بل إن عقد الإيجار هو الذي يحدد العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة ، فيكون المستأجر بناء على هذا العقد حائزاً لالحق الملكية ، بل لحق شخصي هو حق كسأجرة (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤) .

للخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بأن يقيم الدليل على أنه هو المالك . وقد وضع القضاء عند النزاع في طرق إثبات الملكية ، كما وضع القانون عند النزاع في طرق إثبات الحيازة ، قواعد للمقاضلة ما بين طريقة وأخرى (١) .

٣٤٨ - عزم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية : وهناك

قاعدة هامة في خصوص العلاقة ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، وهي تقضى بعدم جواز الجمع بين الدعويتين . وقد نصت المادة ٤٨ من تقنين المرافعات على هذه القاعدة ، وهي تجرى على الوجه الآتي : « لا يجوز أن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، وإلا سقط إدعاؤه بالحيازة . ولا يجوز من المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها ، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه . وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه » (٢) .

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ - فقرة ٣٨٠ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «إذا ثبتت الحيازة تكون قرينة على الملكية ، فيفرض أن الحائز مالك حتى يقيم المدعى الدليل على العكس . لذلك كان الحائز مدعى عليه دائماً في دعاوى الملكية ، مع أن الحيازة نفسها قد تكون محل شك في ثبوتها . لذلك يقتضى الأمر إيجاد قرينة أخرى هي الحيازة المادية التي توافرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح . فمن أثبت أن عنده هذه الحيازة المادية ، تمسك بذلك قرينة على الحيازة القانونية . وعلى من ينزاعه أن يثبت أنه والحائز ، وأن هذه الحيازة المادية هذه إنما كانت لحسابه مثلاً ، أو كانت غير مقترنة بالعنصر المعنوي . ويتبين من ذلك أن من يستطيع إثبات الحيازة المادية لنفسه ، له أن يتخذ منها قرينة على الحيازة القانونية ، ثم يتخذ من هذه قرينة على الملكية ذاتها ، وفي هذا تيسير كبير لإثبات الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣) .

(٢) ويقابل هذا النص في مشروع تقنين المرافعات الجديد المادة ٤٤ من هذا المشروع ، وهي مطابقة لنص المادة ٤٨ مرافعات فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . ويقابل النص في تقنين أصول المحاكمات المدنية البناني النصوص الآتية : م ٤٤ : «إن الدعاوى العينية العقارية تدعى ملكية عندما يراد بها إثبات ملكية حق عيني ، وتدعى تصرفية تقتصر تقتصر على إثبات التصرف بحق عيني . م ٤٥ : من أقام الدعوى الملكية لا تقبل منه فيما بعد الدعوى التصرفية ، أما الذي يقيم الدعوى التصرفية ويخبرها فيجوز له أن يقيم الدعوى الملكية . م ٤٦ : لا يجوز المسحكة المرفوعة لديها الدعوى التصرفية أن تبني حكمها على أسباب تتعلق بالملكية . م ٤٧ : لا يجوز إقامة الدعوى الملكية والدعوى التصرفية في وقت واحد ، فالمسحكة التي تقام لديها دعوى تتعلق بحق الملكية وبحق التصرف مدأ يجب عليها أن تعلن عدم صلاحيتها في القسم الذي لا يحق لها أن تنظر فيه .

ونرى من هذا النص أن قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية تلزم المدعى ، وتلزم المدعى عليه . وتلزم القاضي (١) . ثم إن الحكم الصادر في دعوى الحيازة لا تكون له حجية في دعوى الملكية . فهذه مسائل أربع ، نستعرضها تباعاً .

٣٤٩ - قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

تلزم المدعى : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٤٨ مرافعات تنص على أنه « لا يجوز أن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق . وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة » . ويمكن أن تتصور في هذا الصدد أن المدعى طالب في دعوى الحيازة ذاتها بالملكية أو موضوع الحق ، أو أنه رفع دعوى الحيازة وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى موضوع الحق ، أو أنه رفع دعوى موضوع الحق وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الحيازة . ففي هذه التروض الثلاثة جميعاً ، يكون المدعى قد جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أي دعوى موضوع الحق ، وهذا لا يجوز ، ويسقط الادعاء بالحيازة كما يقول النص أي تصبح دعوى الحيازة غير مقبولة .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصور بدعوى أصل الحق ، التي نص في المادة ٤٨ من قانون المرافعات على عدم جواز الجمع بينها وبين دعاوى الحيازة ، هو دعوى الملكية أو أي حق آخر متفرع منها (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥١٧) . وقضت أيضاً بأن الأساس الأصل لدعوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونية ، فلا محل للعرض فيها لبحث الملكية وفحص ما يمتسك به الخصوم من مستنداتها ، إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستثناس يستخلص منها القاضي كل ما كان متعلقاً بالحيازة ووصفها ، وبشرط ألا يكون الرجوع إلى مستندات الملك مقصوداً لتحري الحق . وتلك قاعدة يرتبط بها المدعي والمدعى عليه وقاضي الدعوى ، فلا يجوز للمدعى أن يجمع في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولأن يقيم القاضي حكمه على أساس إثبات الحق أو نفيه . وإذن فانه يكون من غير المقبول فحص مستندات ملكية الخصوم في دعاوى الحيازة ، والبت في شأنها بالصحة أو بالتزوير ، لما في ذلك من المساس بالحق وجوفاً وعدمه (نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ص ٦٤٣ رقم ١٢٨ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٠ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٢ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٨ - استئناف مخلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٤١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

فى الفرض الأول ، إذا طالب المدعى فى دعوى الحيازة ذاتها بالملكية أو موضوع الحق ، فإن هذا لا يتأتى إلا إذا كان القاضى الجزئى المختص بنظر دعوى الحيازة مختصا أيضا بدعوى الملكية ، وهذا نادر (١) . والغالب أن تجاوز دعوى الملكية نصاب القاضى الجزئى ، فإذا رفعت أمامه حكم بعدم الاختصاص بنظر دعوى الملكية ، وبعدم قبول دعوى الحيازة لأن رفع دعوى الملكية ولو أمام محكمة غير مختصة يتضمن نزول المدعى عن دعوى الحيازة كما سئرى . أما إذا كان القاضى الجزئى مختصا بنظر دعوى الملكية ، ورفع المدعى دعوى الحيازة وطالب بالملكية فى نفس الدعوى ، فإن القاضى ينظر طلب الملكية لأنه مختص بنظره ، ويحكم فى دعوى الحيازة بعدم القبول لأن رفع دعوى الملكية يتضمن نزول المدعى عن دعوى الحيازة (٢) .

وفى الفرض الثانى ، إذا رفع المدعى دعوى الحيازة وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الملكية ، فإن رفعه لدعوى الملكية قبل أن يفصل فى دعوى الحيازة يعتبر نزولا منه عن دعوى الحيازة ، فيقضى بعدم قبول هذه الدعوى ، ولا تنظر إلا دعوى الملكية (٣) .

وفى الفرض الثالث ، إذا رفع المدعى دعوى الملكية وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الحيازة ، حتى لو نزل عن دعوى الملكية ، فإن دعوى الحيازة تحكم بعدم قبولها ، لأن رفع دعوى الملكية قبل ذلك يتضمن نزولا عن دعوى الحيازة (٤) . وغنى عن البيان أنه لا يتصور أن يفصل فى دعوى الملكية ، ثم يرفع المدعى دعوى الحيازة بعد ذلك . ذلك لأنه إذا فصل فى دعوى الملكية

(١) أما إذا أصبح المشروع الجديد لتقنين المرافعات قانوناً ، فإن هذا الأمر لا يكون نادراً ، بل يكون هو الذى يقع فى العادة . فقد قدّمنا أن هذا المشروع لا يجعل دعاوى الحيازة من اختصاص القضاء الجزئى بل يخضعها للقواعد العامة للاختصاص ، فتصبح دعوى الملكية ودعوى الحيازة كلتاهما من اختصاص محكمة واحدة .

(٢) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٣ هامش ٤٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة

١٨٦ ص ٢١٣ .

(٤) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٧ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٦

م ١٨ ص ٢٥٢ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥١ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧

ص ٣٨ .

لصالح المدعى لم يعد في حاجة إلى دعوى الحيازة ، وإذا قضى فيها لغير صالحه فلا يجديه أن يرفع دعوى الحيازة (١) .

فالواجب إذن أن يقتصر المدعى على رفع دعوى الحيازة ، أو على رفع دعوى الملكية . فإذا كانت حيازته ثابتة وتوافرت شروطها ، اقتصر على رفع دعوى الحيازة (٢) . فإذا ما قضى لصالحه في دعوى الحيازة ، بقي على حيازته ، وعلى خصمه أن يرفع دعوى الملكية فيكون هو باعتباره حائراً مدعى عليه فيها . أما إذا لم تكن حيازته ثابتة أو غير متوافرة الشروط ، اقتصر على رفع دعوى الملكية على الحائز ، وعليه في هذه الحالة أن يثبت الملكية لا الحيازة (٣) .

ويخلص مما تقدم أن رفع المدعى لدعوى الملكية . وإن كان لا يتضمن اعترافاً منه بأن الحيازة عند خصمه ولا نزولاً منه عن التمسك بمزايا الحيازة ، إلا أنه يتضمن نزولاً منه عن استعمال دعوى الحيازة (٤) . ويلاحظ في هذا الصدد : (أولاً) أن رفع دعوى الملكية هو الذي يتضمن النزول عن دعوى الحيازة ، فأي دعوى أخرى يرفعها المدعى لا تتضمن هذا النزول ، والوصف القانوني للدعوى بأنها دعوى ملكية يخضع لرقابة محكمة النقض (٥) . وعلى ذلك

(١) استئناف مخطوط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى يطلب بدعواه الحكم له بمنع تعرض المدعى عليه ، فلا يجوز أن يدعى أنه مالك للأرض محل النزاع ، إذ أن هذا لا يجوز إقامته في دعوى وضع اليد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٦) . ولا يقبل من المدعى عليه في دعوى الحيازة دفعها بالاستناد إلى حق الحق (نقض مدني ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢) .

(٣) وإذا رفعت دعوى الملك لم يحز به ذلك رفع دعوى الحيازة (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٩) . ولا يعتبر رفعاً لدعوى الملكية طلب المعاينة من الرسوم توطئة لرفع دعوى الملكية ، مادامت هذه الدعوى لم ترفع بالفعل (استئناف مخطوط ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥) .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ هاش ٤٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠١ - أنسيكلو بيدي دالموز ١ لفظ action possessoire فقرة ٢٧ - فقرة ٣١ - نقض فرنسي ١٣ يولييه سنة ١٨٨٦ دالموز ٨٧ - ١ - ١٧٤ .

(٥) نقض فرنسي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ دالموز ١٩٠٥ - ١ - ٤١٧ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٦ دالموز ١٩٠٨ - ١ - ٥٠١ .

لا يتضمن نزولا عن دعوى الحيازة رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته (١) ، أو رفعه دعوى مستعجلة باتخاذ بعض إجراءات تحفظية (٢) . ولكن يكفي أن ترفع دعوى الملكية ليتضمن رفعها نزولا عن دعوى الحيازة ، حتى لو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (٣) ، وحتى لو ترك المدعى الخصومة بعد رفع الدعوى (٤) . (ثانياً) أن رفع دعوى الملكية إنما يكون نزولا عن دعوى الحيازة التي يكون سببها راجعاً إلى تاريخ سابق على رفع دعوى الملكية ، أما إذا كان سبب دعوى الحيازة لا حقاً لرفع دعوى الملكية فبديهي أن دعوى الملكية لا تتضمن نزولا عن سبب جد بعد رفعها (٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته ، في أثناء نظر دعواه بالحيازة أو قبلها أو بعدها ، لا يعتبر جماً بين دعوى اليد ودعوى الملك بما يسقط حقه في الادعاء بالحيازة . ذلك أن الشفعة وإن كانت من أسباب التملك ، غير أن السند القانوني المنشئ للملكية فيها هو الحكم الذي يصدر لمصلحة الشفع ، الذي لا يمكن أن يكون مالكاً أو يدعى ثبوت الملك قبل الحكم له بأحقية تملك العقار المبيع (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٥ : ويلاحظ أن محكمة النقض هنا سارت على مذهبها من أن الحكم بالشفعة سبب منشئ للملكية ، فيستقيم حكمها بأن دعوى الشفعة ليست بدعوى الملكية) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً في هذا المعنى بأن رفع دعوى الشفعة لا يعتبر رفعاً لدعوى الملكية ، وعلى ذلك لا يمنع من نزع دعوى الحيازة (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٣) .

(٢) نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣٨١ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ دالوز ٦٦ - ١ - ١١٦ - ٢٢ يولييه سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ٥٦ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ وهامش ٤٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسي ٢٠ مايو سنة ١٩٤٩ سيرييه ١٩٥ - ١ - ٩٩ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حصل التعرض للحيازة بعد رفع دعوى الملك ، فإن لمدعى الملكية أن يلحق بدعوى الملكية دعوى الحيازة بعد أن استجد سببها (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٠ ص ٢٠٥) - وانظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٠ ص ٤٤ وانظر كذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسي ١٥ يناير سنة ١٨٩٩ دالوز ٩٤ - ١ - ١٥٩ - ٧ يولييه سنة ١٩٣٧ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ٢ - ٦٧٨ .

٣٥٠ - قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

نلتزم المبرعى عليه : رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨ مرافعات تنص على ما يأتى : « ولا يجوز من المدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها ، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه » . ويؤخذ من هذا النص أن المدعى عليه يلتزم بعدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية من ناحيتين :

(الناحية الأولى) أنه إذا رفعت عليه دعوى الحيازة ، فإنه لا يستطيع أن يدفع هذه الدعوى إلا بدفع مستمد من الحيازة ذاتها ، بصرف النظر عن موضوع الحق . فلا يستطيع أن ينكر على المدعى حيازته بدعوى أنه هو المالك فيجب أن تكون عنده الحيازة ، لأن فى هذا الدفع جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية . وإنما يستطيع أن يدفع دعوى الحيازة بأن الحيازة غير ثابتة للمدعى ، أو بأنها لم تتوافر فيها الشروط الواجبة . أو بغير ذلك من الدفوع التى ترجع إلى الحيازة لا إلى الملكية .

(الناحية الثانية) أنه إذا رفعت عليه دعوى الحيازة ، فإنه لا يستطيع ، قبل أن يفصل فى هذه الدعوى ، أن يرفع هو دعوى الملكية على المدعى فى دعوى الحيازة . ذلك لأنه يجب أن يربص حتى يقضى فى دعوى الحيازة حتى لا يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية . فإذا حكم فى دعوى الحيازة لصالح المدعى وجب عليه أيضا أن ينفذ الحكم كاملا وألا يضع على خصمه الحيازة التى قضى له بها (٢) . وبعد ذلك ، أى بعد أن يستقر خصمه فى

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

(٢) بلائيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩١ ص ٢٠٠ - وأنظر م ١/٢٧ مرافعات فرنسي . وتزيد المادة ٢/٢٧ مرافعات فرنسي أنه إذا أبطأ المدعى الذى حصل على حكم لصالحه فى دعوى الحيازة فى تنفيذ هذا الحكم ، فشل بذلك المدعى عليه من أن يرفع دعوى الملكية ، جاز لهذا الأخير أن يحصل من محكمة دعوى الملكية على تعيين أجل ليقوم المدعى فى أثناءه بتنفيذ الحكم ، وتقبل دعوى الملكية بمجرد انقضاء هذا الأجل (أنظر أوربى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ - بلائيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩١) . ولا يبرجده نص متايل فى القانون المصرى فطبق القواعد العامة ، وقد نصل فى تطبيقها إلى نفس النتيجة .

حيازته ، يستطيع هو أن يرفع عليه دعوى الملكية . فان رفعها قبل ذلك ، أى قبل أن يفصل فى دعوى الحيازة أو قبل أن ينفذ الحكم الصادر لمصلحة خصمه فى هذه الدعوى ، فان دعوى الملكية التى يرفعها لا تكون مقبولة (١) ، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه (٢) .

هذا إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الحيازة . أما إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الملكية . فان المدعى عليه فى هذه الدعوى يستطيع ، قبل الفصل فيها . أن يرفع دعوى الحيازة ، سواء كان سبب دعوى الحيازة سابقا على رفع دعوى الملكية أو لاحقا لرفع هذه الدعوى . وهذا بخلاف المدعى فى دعوى الملكية فقد رأينا (٣) أنه لا يستطيع رفع دعوى الحيازة إلا إذا كان سبب هذه الدعوى لاحقا لرفع دعوى الملكية ، إذ أن رفع المدعى لدعوى الملكية يتضمن نزولا منه عن دعوى الحيازة كما سبق القول . وترجع العلة فى التفريق فى دعوى الملكية ما بين المدعى والمدعى عليه على النحو المتقدم ، أن المدعى هو الذى رفع دعوى الملكية باختياره ، فيحمل هذا منه عن نزول ضمنى عن دعوى الحيازة ، بخلاف المدعى عليه فهو لم يرفع دعوى الملكية بل رفعها عليه المدعى ، فلا يجوز أن يحرمه المدعى بفعله من حقه فى رفع دعوى الحيازة (٤) .

(١) وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن الدعوى تكون مقبولة ، ولكن يؤجل إجراؤها السير فيها حتى يفصل فى دعوى الحيازة وينفذ الحكم (نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩٤ سيرييه ٩٦ - ١ - ١٢٣) . ولكن نص تقنين المرافعات المصرى صريح فى أن الدعوى تكون غير مقبولة : « ولا تقبل دعواه بالحق . . . » . ويدسب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى الرأى الذى أخذ به تقنين المرافعات المصرى (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٣ هامش ٤٥ : ولا يجملان لرفع دعوى الملكية قبل الفصل فى دعوى الحيازة وقبل تنفيذ الحكم أثراً إلا فى قطع التقادم إذا تبين أن المدعى فى دعوى الحيازة لم يرفع هذه الدعوى إلا ليعرقل رفع دعوى الملكية حتى يمنع قطع التقادم) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ - وانظر مارتى وريشو فقرة ٢٠٨ - أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٣٢ - فقرة ٣٤ - نقض فرنسى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٩ سيرييه ١٩٥٠ - ١ - ٩٩ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٣٤٩ .

(٤) استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٦ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٦ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٢ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ وهامش ٤٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٧٤ دالوز ٧ - ١ - ١٠٣ .

٣٥١ - قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

نلزم القاضي : رأينا (١) أن الفقرة الأخيرة من المادة ٤٨ مرافعات تنص على ما يأتي : وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق ونفيه . . ويعني ذلك أن القاضي يتقيد بقاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية من ناحيتين : .

(الناحية الأولى) أن القاضي لا يستطيع أن يبني حكمه في دعوى الحيازة . قبولاً أو رفضاً . على أسباب يستمدّها من موضوع الحق (٢) . فيجب عليه أن يبني الحكم على أسباب مستمدة من الحيازة ذاتها ، ومن أنها استوفت شروطها . فإذا استند في إجابته لطلب المدعى في دعوى الحيازة على أنه هو المالك . أو على أن حيازته تستخلص من سند ملكيته . أو على أنه قد قضى له بالملكية بموجب حكم سابق . كان هذا جمعاً غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (٣) . كذلك يعتبر جمعاً غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يرفض القاضي دعوى الحيازة بعد أن ثبت له الحيازة مستوفية

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

(٢) نقض فرنس ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ سيرة ١٩١٥ - ١ - ١٠٨ - ١٠ يونيو سنة ١٩١١ سيرة ١٩١٥ - ١ - ١٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الحكم في دعوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه . فإذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع تعرض الطاعن في المرور بالطريق الموصّل إلى أرضه تأسيساً على استيفائه للشرائط القانونية التي تحمي يده على الارتفاق المرور ولم تؤسّس على ثبوت حق الارتفاق في المرور وتملكه له . فإن الحكم المطعون فيه ، إذ قضى برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور الذي يخالفه القانون لمن كانت أرضه محبوسة عن الطريق مثبتاً للمدة ٨١٢ مدد . يكون قد خالف القانون بما يسوجب نقضه (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام سقصر ١٣ رقم ٨٢ ص ٥٥١) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفعت دعوى منع تعرض . وطلب المدعي الإحالة إلى التحقيق ليثبت انتفاعه بالشارع المتنازع عليه المدة الطويلة المكسبة لملك . فأدبت المحكمة إلى طلبه هذا وباشرت التحقيق . ثم عرضت عند الفصل في الموضوع إلى حق الارتفاق على الطريق ، وثبت على ثبوته بوضع اليد المدة الطويلة قضاها في دعوى التعرض ، ثم أيدت محكمة الدرجة الثانية هذا الحكم آخذة بأسبابه بالرغم من تملك المدعي عليه بعدم قبول دعوى الحيازة المرفوعة من خصمه بعد أن استحالته إلى دعوى ملك . فذلك لما فيه من جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملك خروج صريح على حكم المادة ٢٩ من قانون المرافعات (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧١ ص ٢٥٨) . وانظر أيضاً نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٠ ص ٢٠٥ . وقضت محكمة

لشرائطها ، مستندا في ذلك إلى أنَّ المدعى عليه إنما كان يستعمل حقا ثابتا له ، أو أنه لم يلحق المدعى أى ضرر من تعرضه (١) . ولكن إذا استند القاضي في حكمه في دعوى الحيازة إلى أن الحيازة ثابتة مستوفية لشرائطها ، وأضاف

= النقض كذلك بأن المادة ٢٩ مرافعات (قديم) ، إذ تنهى عن الجمع بين دعوى اليد ودعوى الحق ، تلزم القاضي إلزامها الخصوم بالتزول على حكمها ، فيتبين على القاضي أن يقيم حكمه في دعوى اليد على توافر وضع اليد بشروطه القانونية أو عدم توافره ، لاعلى ثبوت الحق أو عدم ثبوته . فإذا كان الحكم في دعوى وضع اليد قد اتخذ من ثبوت حق الارتفاق الأساس الوحيد لقضائه بإعادة الطريق محل النزاع إلى حالته الأولى ، فإنه يكون مخالفاً للقانون (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٧) . وقضت أيضاً بأنه لا يجوز لقاضي وضع اليد أن يحمل حكمه في دعوى وضع اليد مبنياً في جوهره على أسباب ماسة بأصل حق الملك ، بل يجب عليه أن يكون جوهر بحثه في هذه الدعوى منصفاً على تبيين ماهيتها والنظر في توافر شروطها وعدم توافرها بحيث لو دعت ضرورة هذا البحث للرجوع إلى مستندات حق الملك فلا يكون ذلك مقصوداً لذاته ، بل يكون على سبيل الاستئناس ، وبالقدر الذي يقتضيه التحقق من توافر شروط وضع اليد ، الأمر الذي يجب أن يحمله القاضي مناط تفصيه . فإن تجاوز هذا فبحث في الملكية فتفاهما ، وجعل أساس قضائه و دعوى اليد ما قضى به أصل الحق ، فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٣ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٤ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٦٤٤ رقم ١٣٧ - ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٨ - ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤١ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥٠) . وقضت أيضاً بأن للقاضي في دعوى وضع اليد أن يستخلص من مستندات الخصوم ، - فوكاات خاصة بالملك ، كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفها (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٣ - ٧ يونيو سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٤ - ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٠ - ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٢١٢ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٩٤ ص ١٢٣٣) .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ١٧ بوليه سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ١٩٢ - ١٦ أوبريا سنة ١٩٠٧ دانوز ١٩٠٧ - ١ - ٣٨٤ .

مع ذلك تزيدا أسبابا أخرى مستمدة من موضوع الحق ، واقتصر في منطق الحكم على الحيازة دون موضوع الحق . لم يكن هذا جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (١) .

(الناحية الثانية) أن القاضي لا يستطيع ، في منطق حكمه في دعوى الحيازة ، أن يمس موضوع الحق ، أو أن يجعل الحيازة متوافقة على الملكية لا تنفصل عنها ، أو أن يقضي بوقف الفصل في دعوى الحيازة إلى أن يصدر حكم في الملكية . فلو أن القاضي ، في منطق حكمه في دعوى الحيازة ، لم يقتصر على الحيازة في ذاتها ، بل قضى للمدعى بحقوق أوسع مدى أو أشد قوة استنادا إلى موضوع الحق ، كان هذا جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (٢) . كذلك يعتبر جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يرفض القاضي دعوى الحيازة على أساس أن الحيازة لا تنفصل عن الملكية ، أو دون أن يرفض دعوى الحيازة بوقف الفصل فيها جاعلا من الفصل في الملكية مسألة أولية تسبق الفصل في دعوى الحيازة (٣) .

ولا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يأمر القاضي في دعوى الحيازة بمعاينة محل النزاع (٤) . أو أن يفحص سندات الملكية المقدمة من الخصوم ليسترشد بها في التعرف على طبيعة حيازة ومدادها واستيفائها لشروطها (٥) . وتحري الحكمة من المعاينة والمستندات ما إذا كان العقار المرفوع

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ - ص ٢١٠ - ص ٢١١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣٥ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ١٨ يونيو سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ٢٢٣ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٤٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٢٥٧ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ١٧ يوليو سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤ - د مايو سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٣٧٣ .

(٤) نقض فرنسي ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٢ - ١ - ٢٧٤ - ١٤ مارس سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ - ١ - ٢٠٨ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١٩٣٣ - ١ - ٣٩٤ - ٩ يوليو سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ - ٣٩٤ . ويجوز بهذا الشرط فحص سند الملكية ولو كان

بشأنه دعوى منع التعرض ملكاً عاماً ليس فيه جمع بين دعوى اليد والملك ، لأن المقصود هو أن تستبين المحكمة حقيقة وضع اليد ، وقضاؤها المؤسس على أن العقار من المنافع العامة لا يمكن أن يكون حاسماً للتزاع في الملك (١) أما الحيازة ذاتها فيجب أن تثبت من الأعمال المادية المكونة لها ، ولا يصح أن تثبت من سند الملكية وحده فيحل هذا السند محل الحيازة (٢) .

— متازعاً في صحته (استئناف مخطوط ١١ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٦ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٣ - ٥ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١١ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٠ .

(١) نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٣ - ولا يعتبر جمعاً بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة أن يمين القاضى في دعوى الحيازة خبيراً لتطبيق مستندات الملكية على العقار محل النزاع للتثبت من ذاتية هذا العقار (استئناف مخطوط ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦١) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ - ص ١٩٩ - نقض فرنسي ١٢ مارس سنة ١٩١٣ داللو ١٩١٣ - ١ - ١٩٢ - وفحص مستندات الملكية ليس إجبارياً ، فيجوز للقاضي ألا يلجأ إلى هذا الفحص إذا لم يجد داعياً لذلك لتثبت من الحيازة (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٩ - نقض فرنسي ٦ فبراير سنة ١٩٠٠ داللو ١٩٠٠ - ١ - ١٦٧) . ولكن الفحص يكون مع ذلك إجبارياً إذا لم يكن منه بد للتصرف على الصفات الحقيقية للحيازة ، كما إذا أراد القاضي التثبت من أن حيازة حق ارتفاق لم تكن حيازة عرضية أو حيازة خفية (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١١ ص ٢١٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٩ - أنسيكلو بيني داللو ١ لفظ action possessoire فقرة ٣٩ - فقرة ٤٢ - نقض فرنسي ١٧ أكتوبر سنة ١٩٣٣ جازيت دي باليه ١٩٣٣ - ٢ - ٩٠٠ - ١٣ مارس سنة ١٩٥٠ داللو ١٩٥٠ - ٤١٥) . وقد قضت محكمة النقض بالأحرج على القاضي في دعوى الحيازة في أن يستخلص من مستندات الخصوم ، ولو كانت خاصة بالملك ، كل ما كان متعلقاً بالحيازة و صفتها (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٠ ص ٦٠ - وانظر نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٦ ص ١٣٧ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٣ ص ١١٠٩ - ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦ ص ٢٦ . ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة في دعوى منع التعرض قد حصلت تحصيلاً سائفاً من الأدلة التي ساقها في حكمها ومن المعاينة التي أجرتها بنفسها أن الأرض المتنازع على حيازتها مازالت تستعمل جرنياً عموماً ، وأنها بذلك تموض المنافع العامة التي لا يجوز تملكها بوضع اليد ، كان حكمها بمد قبول دعوى الحيازة المرفوعة في شأنها صحيحاً قانوناً . ثم إن تحرى المحكمة من المعاينة ومن المستندات ما إذا كان العقار المرفوع في شأنه دعوى منع التعرض ملكاً عاماً أم لا ، ليس فيه جمع بين دعوى الحيازة والملك ، لأن المقصود هو أن تستبين حقيقة وضع اليد إن كان بخول رفع دعوى الحيازة أم لا ، حتى إذا رأت -

كذلك لا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يحكم القاضي في دعوى الحيازة بالإزالة والتسليم^(١) ، أو أن يأمر في دعوى الملكية بإجراءات وقتية للمحافظة على الشيء محل النزاع^(٢) . ويمكن الحكم في دعوى الحيازة بتعويض . ولكن لا بسبب الحرمان من الانتفاع بملك فإن هذا محله دعوى الملكية لا دعوى الحيازة . ولكن بسبب الضرر الذي نجم عن أعمال التعرض أو عن اغتصاب المال قهرا^(٣) .

— الأمر واضحاً في أن المقرر من الملك العام وأن النزاع في شأنه غير جدي قبلت الدفوع . وإلا فصلت في دعوى منع التعرض قاركة للتخصيص المبررة في ملك فيما بعد (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٩ ص ٢٨٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بمنع التعرض في تطهير مسق وتصفه على مثبت لدى المحكمة من تقرير الخبير المعين في الدعوى من أن المدعين يملكون نصف المسق تعود أرضه وأن هذا النص يدخل في الأرض المكلفة بأسماهم ، وأن ربه من المسق يرجع إلى مدة تزيد على ستة سابقة على التعرض فإن استناد هذا الحكم إلى سابقة استعمال المدعين المسق لرى ذلك يكن لأن يقام عليه القضاء بمنع التعرض ، أما ما جاء عن الملكية فليس إلا من قبيل التزيد (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٢ ص ٧) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الصادر بمنع التعرض قد قضى بالإزالة والتسليم ، فلا محل للنقض عليه بأنه قد جمع بين دعوى الملكية ودعوى اليد . ذلك لأن لإزالة هي من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض ، وذلك بازالة الأفعال المادية التي أجراها المتعرض كتسوير الأرض ووضع أخشاب وقمة هيكل ومرح وغيرها ، مما يعتبر وجودها في ذاته تعرضاً لحيازة واضح اليد مما تتسع ولاية قاضي الحيازة لمنعه متى قامت لديها أسبابه . وكذلك التسليم ، إذ يعتبر من مستلزمات منع التعرض وإعادة يد الخائن إليه (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزئه أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٧) .

(٢) ولكنه لا يستطيع الفصل في طلب عارض يكون في حقيقته دعوى حيازة ، ولوعن طريق الأمر باتخاذ هذه الإجراءات التحفظية الوقتية (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٨ — أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٢) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٥ — ١١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٢٥ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٦ — وانظر في بقاء قعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية في القانون الفرنسي بالرغم من صدور دكرينو ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٨ القاضي بإحصاص شركة دعوى الحيازة بالنظر في المدفوع المتعلقة بالملكية : مارك ورينو فقرة ٢١٠ ،

٣٥٢ - عدم مية الحكم الصادر في دعوى الحيازة بالنسبة إلى دعوى

الملكية : ولا يكون للحكم الصادر في دعوى الحيازة حجية أمام المحكمة التي تنظر دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، وذلك حتى بالنسبة إلى الحيازة ذاتها . فقاضي موضوع الحق ليس مقيدا بحكم قاضي الحيازة فيما يتعلق بثبوت الأعمال المادية المكونة للحيازة ، أو فيما يتعلق بثبوت الصفات المنسوبة إليها (١) .

على أنه يستثنى أمران مما تقدم : (الأمر الأول) إذا فصل قاضي الحيازة في دعوى الملكية أو في دعوى موضوع الحق بالرغم من عدم اختصاصه ، ولم يكن هناك طريق مفتوح للطعن في هذا الحكم ، فإن الحكم يحوز قوة الأمر المقضي (٢) . (والأمر الثاني) إذا حصل الخصم على حكم من قاضي الحيازة بأنه هو الحائز ، كان هذا الحكم حجة بثبوت الحيازة له . فيكون هو المدعى عليه في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، ولا يلتزم إذا كان حسن النية برد الثمار إلا من وقت رفع هذه الدعوى الأخيرة (٣) .

§ ٢ - الموقوف ما بين الحائز والمالك

٣٥٣ - ظهور أنه الحائز غير مالك : قد يكون الحائز هو المالك ، وهذا هو الغالب . بل قد تكون الحيازة ذاتها هي سبب كسب الحائز للملكية ، كما هو الأمر في الاستيلاء وقد سبق الكلام فيه ، وكما هو الأمر في كسب الحائز حسن النية للمنقول وكسبه للثمار وسيأتي الكلام فيهما ، وكما هو الأمر في التقادم فيكسب الحائز الملكية بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير طبقاً للأحكام التي سيرد ذكرها .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ - ص ٢١٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٣ ص ٢٠٢ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٣ ص ٢٠٢ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٤ هامش ٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣

فقرة ١٩٣ ص ٢٠٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٤٩ - فقرة ٥٠ .

ولكن قد يظهر أن الحائز هو غير المالك ، وأنه لم يكسب الملكية لابلحيازة ولا بسبب آخر من أسباب كسب الملكية . فعند ذلك إذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد منه ملكه ، قد يقتضى الأمر أن يسترد الحائز من المالك المصروفات التى قد يكون أنفقها على الشيء عند ما كان فى حيازته ، وقد يقتضى الأمر كذلك أن تتحقق مسئولية الحائز عن هلاك الشيء أو تلفه إذا هلك أو تلف وهو فى حيازته . فتكلم إذن فى مسألتين : (أ) استرداد الحائز للمصروفات (١) . (ب) مسئولية الحائز عن الهلاك أو التلف .

١- استرداد الحائز للمصروفات

٣٥٤- نصومى قانونية : تنص المادة ٩٨٠ مدنى على ما يأتى :

١- « على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية » .

٢- « أما المصروفات النافعة ، فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » .

٣- « فإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها . ومع ذلك يجوز له أن يتزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيا مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » .

وتنص المادة ٩٨١ مدنى على ما يأتى :

« إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد » .

وتنص المادة ٩٨٢ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للقاضى ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون

(١) أما إذا بنى الحائز أو غرس فى الأرض التى حازها ، وتملك صاحب الأرض البناء أو الفراس بالالتصاق ، فقد بسطنا تفصيلا الأحكام المتعلقة بذلك وبماذا يرجع الحائز على المالك تعويضاً عما تكلفه من نفقات فى البناء أو الفراس ، وذلك عند الكلام فى الالتصاق .

الوفاء على أقساط دورية ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوصا منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها « (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق . فيما عدا المادة ٦٠٥ فقرة ٣ و ٧٣١/٣ فقرة ٣ و ٢ من هذا التقنين الأخير . فانها تقابل المادة ٩٨٠/٢ و ١ من التقنين المدني الجديد (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٨٠ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٠ - ص ٥٢٢) .

م ٩٨١ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٢ - ص ٥٢٣) .

م ٩٨٢ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة فقد كانت في المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : «وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى حالا توازى فوائده بالسعر القانوني قيمة هذه الأقساط » . وعدلت لجنة المراجعة هذه العبارة إلى ما صارت عليه في التقنين المدني الجديد ، فأصبح النص ، تحت رقم ١٠٥٧ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٣ - ص ٥٢٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٠٥ فقرة ٢ و ٧٣١/٣ فقرة ٣ و ٢ : يكون الحق في حبس العين في الأحوال الآتية : . . . (أولاً) : . . . (ثانياً) للدائن الذى له حق امتياز ، ولمن أوجد تحسناً في العين ويكون حقه من أجل ماصرفه أو ما ترتب على ماصرفه من زيادة القيمة التي حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال . (ثالثاً) لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها .

(والتقنين المدني السابق لا يجعل للمصروفات النافعة ، كما جعل التقنين المدني الجديد ، حكم التعويضات المستحقة في نظير التملك بسبب الانتصاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد : «أورد المشروع القاعدة في استرداد المصروفات ، وقرر بعض المسائل الهامة في هذا الموضوع كطالبة الحائز للاسترد بالمصروفات التي دفعها له مالك أوحائز سابق . وكالتيسير على مالك في الوفاء بما يجب عليه رده . أما التقنين الحالي (السابق) فقد اقتصر على إيراد القاعدة الأساسية في استرداد المصروفات ، وماقها بطريقة عرضية في صدد الكلام في حق الحبس : (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٤) »

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣١ - ٩٣٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٤ - ٩٨٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٧ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

ونخلص من النصوص سالفة الذكر أن المالك ، إذا استرد ملكه من الحائز ، يرد إلى هذا الأخير ما أنفق من المصروفات ، ويختلف ما يرده بحسب ما إذا كانت هذه المصروفات مصروفات ضرورية ، أو مصروفات نافعة ، أو مصروفات كمالية . ويرد المصروفات ، ليس فحسب إلى الحائز الذي أنفقها ، بل أيضاً إلى خلف هذا الحائز إذا كان هذا الأخير قد أدى لسلفه ما أنفق من مصروفات . وقد يواجه المالك ، من جراء ذلك ، مسؤولية عن مبالغ كبيرة يجب عليه ردها للحائز أو لخلفه ، فأعطاء القانون الحق في أن يطلب من القاضي أن يقرر ما يراه مناسباً للتيسير عليه في الوفاء بهذا الالتزام . فهذه جملة من المسائل نبهنا فيها على :

٣٥٥ - المصروفات الضرورية ترد بأكثرها : وقد رأينا (٢) أن المادة

٩٨٠ / ١ مدني تلزم المالك الذي يرد إليه ملكه بأن « يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية » . والمصروفات الضرورية هي المصروفات غير العادية التي يتعين إنفاقها للمحافظة على الشيء فإذا أنفق الحائز مصروفات لترميم العين ترميماً ضرورياً ، أو دفع ديناً يكفله رهن على العين ، أو أنفق

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري - ٩٣١ - ٩٣٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٤ - ٩٨٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٧ (توافق م ٩٨٠ مصري ، ولا مقابل في التقنين العراقي للمادتين ٩٨١ - ٩٨٢ مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل . ولكن أنظر م ١٤٢ من تقنين الميراث والمقود اللبناني : لا يلزم الكاسب بالرد إلا بقدر الكسب الذي يكون له يوم الإدعاء ، مالم يتضمن القانون نصاً على العكس - ويكون الأمر بخلاف ذلك إذا كان الكاسب سبباً في وقت الكسب ، فمعدته يصبح مسئولاً عن كل ما كسبه . أية كانت الحوادث التي تقع بعد ذلك من هلاك أو تفرغ أو تيب . ويتحمل في هذه الحال جميع المخاطر ، ويلزم برد جميع النتائج التي جناها أو كان يجب أن يجنيها . ولا يجوز له إلا المطالبة بالتفقات الضرورية . (٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٥ .

مصرفات لإنقاذ الشيء من حريق يوشك أن يلتهبه ولا يدلله في هذا الحريق ،
فهذه كلها مصرفات ضرورية ، يستردها الحائز بأكملها من المالك ولو كان
الحائز سعى النية ، لأن المالك كان مضطرا لدفعها لو أن الشيء بقي في حيازته .
ويمكن تخريج هذا الحكم على قاعدة الإثراء بلا سبب : إذ يرجع الحائز على
المالك بأقل القيمتين ، وأقل القيمتين هنا هي المصرفات الضرورية التي أنفقها
الحائز إذ هي بطبيعة الحال أقل من قيمة الشيء نفسه .

ولا تدخل مصرفات الصيانة ولا الضرائب التي دفعها الحائز ضمن
المصرفات الضرورية ، إذ هي مصرفات عادية أنفقها الحائز للانتفاع بالشيء
وقد انتفع به فعلا .

٣٥٦ - المصرفات النافعة تسرى في شأنها أحكام الانصاف : وتقضى

المادة ٢/٩٨٠ مدنى ، كما رأينا (١) ، بأن المصرفات النافعة « يسرى في شأنها
أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » . والمصرفات النافعة مصرفات ينفقها الحائز ،
لا للمحافظة على الشيء أو لإنفاذه من الهلاك ، بل لتحسينه وزيادة قيمته
والإكثار من طرق الانتفاع به . مثل ذلك أن يدخل الإضاءة الكهربائية أو
المياه الجارية أو المجارى فى الدار ، وأن ينشئ المراوى والمصارف فى الأرض
الزراعية . فهذه مصرفات لم يكن يتعين على المالك إنفاقها لو أن العين بقيت
فى حيازته ، ولكنها مصرفات زادت فى قيمة العين وحسنت من الانتفاع به
فهى أقرب ما يكون إلى المنشآت التى يقيمها الشخص فى أرض غيره ، فيملكها
صاحب الأرض بالالتصاق فى نظير دفع تعويض عن هذه المنشآت . ولذلك
ألحقها القانون فى الحكم بهذه المنشآت ، فتسرى عليها أحكام المادتين ٩٢٤
و ٩٢٥ مدنى ، وهى النصوص التى تتعلق بمن يقيم منشآت فى أرض غيره ،
وقد بينا ما تقضى به هذه النصوص تفصيلا عند الكلام فى الالتصاق . فنكتفى
هنا بتلخيص هذه الأحكام فى إيجاز ، ونحيل فى التفصيلات إلى ما سبق أن
أوردناه فى هذا الشأن :

فاذا كان الحائز حسن النية ، وأنفق مصرفات نافعة ، فعلى المالك أن يرد
له أقل القيمتين : ما أنفقه الحائز فعلا أو مبلغا يساوى ما زاد فى قيمة العين

بسبب المصروفات . وليس في هذا إلا تطبيقاً لتراعى الإثراء . فإلا ذلك يدفع للحائز ما أنفقه هذا الأخير فعلاً وهي القيمة التي انتقرب بها . أو مقدار الزيادة في قيمة العين وهي القيمة التي اغتنى بها المالك ، أيها أقل (١) . وإذا كان الحائز سيء النية . فللمالك الخيار بين طلب إزالة التحسينات التي أحدثها الحائز ، أو استبقاءها . فإن طلب إزالتها . وجب أن يكون هذا الطلب في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه المالك بخدث هذه التحسينات ، وتكون الإزالة على نفقة الحائز مع إلزامه بالتعويض إن كان له وجه . وإن طلب استبقاءها ، وجب عليه أن يدفع للحائز أقل القيمتين : قيمة التحسينات مستحقة الإزالة أو مبلغاً يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه التحسينات (٢) .

٣٥٧- المصروفات الكمالية لزوم : وتقضى المادة ٣/٩٨٠ مدني ، كما رأينا (٣) ، بأنه إذا كانت المصروفات كمالية « فليس للحائز أن يطالب بسوء منها . ومع ذلك يجوز له أن يتزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » . والمصروفات الكمالية هي مصروفات لا تعود بكبير نفع على العين ذاتها . ولكنها تنفق لتزيين للعين وتجميلها على الوجه الذي يريده الحائز لاستمتاعه الشخصي . فدهن الحيطان بالزيت أو توريقها ، ووضع خشب « الباركيه » في أرضية الحجرات ، وتوسيع حديقة الدار وإنشاء نافورة مياه فيها ، وترصيف مماشي الأرض الزراعية . وإنارة هذه المماشي بالنور الكهربائي . وإقامة التماثيل على جانبيها . كل هذه مصروفات كمالية قصد بها تزيين العين وتجميلها للترفيه . ومن ثم لا يجوز للحائز أن يطالب المالك برد هذه المصروفات . وكل ما يستطيعه هو أن يتزع ما استحدثه من منشآت التزيين والتجميل : على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى على نفقته . وحتى في هذه الحالة ، يجوز للمالك أن يطلب استبقاء هذه المنشآت . على أن يدفع للحائز قيمتها مستحقة الإزالة .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

٣٥٨ - رد المصروفات إلى خلف الحائز : وقد رأينا (١) أن المادة

٩٨١ مدني تقضي بأنه « إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد » (٢) . فإذا كان الحائز قد أنفق مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية ، ثم نقل العين إلى خلف له ، فأدى هذا الخلف للحائز المصروفات الضرورية بأكملها أو ما يستحق من المصروفات النافعة أو قيمة ما استحدثه الحائز من منشآت كمالية وهي مستحقة الإزالة ، فإن المالك إذا استرد العين من خلف الحائز ، وجب عليه أن يرد لهذا الخلف ما أداه الخلف لسلفه .

ويلاحظ أنه إذا أدى الخلف لسلفه مبالغ أكثر مما كان يحق للسلف أن يطالب به المالك ، فإن المالك لا يرد للخلف إلا المقدار الذي كان يحق للسلف مطالبته به طبقاً للقواعد سالفة الذكر ، وما زاد على هذا المقدار يرجع به الخلف على السلف إن كان هنالك وجه للرجوع . وما قلناه في الخلف يسرى في شأن خلف الخلف ، إذا دفع هذا الأخير للخلف مادفعه الخلف للحائز .

٣٥٩ - التيسير على المالك في الوفاء بما يجب عليه ردّه من المصروفات

وقد رأينا (٢) أن المادة ٩٨٢ مدني تقضي ، تيسيراً على المالك ، بأن له أن

(١) أنظر آتياً فقرة ٣٥٤ .

(٢) يقول النص : « إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق » . وهذا النص مقتبس من المادة ٥٤٧ من مشروع التقنين المدني الإيطالي (الذي أصبح فيما بعد اتقنين المدني الإيطالي الجديد) ، وتجري هذه المادة على الوجه الآتي :

Le possesseur peut demander une indemnité même pour les frais prévus aux artiles précédents fait par son auteur ou par le possesseur précédents, s'il établit l'avoir renboursé.

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٤ ص ٢٥٠ في المامش) . فالمفروض إذن أن يتلقى شخص الحيازة من سلف غير مالك أو من سلف هذا السلف ، لا من المالك نفسه لأن المالك هو الذى يسترد العين ويرد المصروفات . وعلى هذا الوجه يجب تفسير نص المادة ٩٨١ مدني ، رجوعاً إلى المصدر الذى اقتبست منه . ويؤيد ذلك ماورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الشأن ، فهى تقول : « هذا كله لو كان المالك يسترد العين من الحائز الذى أنفق هذه المصروفات ، أما إذا كان يستردها من خلف هذا الحائز ، وكان الخلف قد أدى لسلفه ما أنفق من المصروفات ، فإن للخلف أن يطالب المالك بما أداه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٩ ص ٥٢٤) .

(٣) أنظر آتياً فقرة ٣٥٤ .

يطلب من القاضي « أن يقرر ما يراه مناسباً لوفاء بالمصروفات المخصوصة عليها في المادتين السابقتين . بشرط تقديم الضمانات اللازمة . ولئلا نك أن يتحلل من هذا الالتزام . إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوصاً منها فوائد السعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » . وعلى ذلك يجوز للمالك أن يطلب من القاضي . كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . « أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء . كأن ينظره إلى أجل . أو يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية . إذا قدم المالك الضمانات اللازمة (١) » .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٨٢ مدني يقول في عبارته الأخيرة : « وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانوني قيمة هذه الأقساط (٢) » . فكان المشروع التمهيدى يقصد إلى أن المالك يجوز له أن يستعفى عن التزامه بتقديم الضمانات اللازمة بتقديم الضمان الأوفى . وهو أن يقدم مالا يستطيع الحائز أن يسترد من فوائده بالسعر القانوني الأقساط المستحقة له ، حتى إذا ما استوفى الأقساط كلها رد المال إلى المالك . ولكن المشروع التمهيدى عدل في لجنة المراجعة . فأصبحت العبارة الأخيرة من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٩٧٠ هامش ١ . - ونص المشروع التمهيدى مقتبس من المادة ٥٥٨

من المشروع الفرنسي الإيطالي . وتجري على الوجه الآتي :

Sur la demande du débiteur, le juge pourra régler par le moyen qu'il jugera opportun le paiement des indemnités prévues aux articles et établir le remboursement même sous forme d'annuités ou de prestations périodiques avec les garanties nécessaires. Le débiteur peut se libérer de cette obligation en offrant la capital évalué à raison de taux légal d'intérêt.

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٤ ص ٢٥١ في الغامش) .

واقتراس المشروع التمهيدى من هذا النص جاء غير دقيق فظاهر أن نص المشروع الفرنسي الإيطالي قد قصد إلى أنه يجوز للقاضي أن يجعل الدفع في صورة إيراد سنوى (annuité) . يستطيع المالك أن يتخلص في أى وقت من الالتزام بدفعه بأن يدفع للحائز رأس مال يقدر على أساس أن يكون هذا الإيراد السنوى هو الفائدة بالسعر القانوني لرأس المال الواجب رده . فيكون الالتزام الذى يجوز التخلص منه بدفع رأس المال ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات كما جاء في المشروع التمهيدى ، وليس هو الالتزام برد المصروفات كما قررت لجنة المراجعة ، بل هو الالتزام بدفع الإيراد السنوى . وكان الأفضل استبقاء الحكم كما ورد في المشروع الفرنسي الإيطالي ، لا كما اقتبس في المشروع التمهيدى . ولا كما عدل في لجنة المراجعة .

المادة ٩٨٢ مدنى تجرى على الوجه الآتى : « وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوصا منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » . فتغير معنى النص بهذا التعديل تغيرا جوهريا . وأصبح الالتزام الذى يتحلل منه المالك ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة ، بل الالتزام برد المصروفات . وأصبح المالك يستطيع أن يتحلل من هذا الالتزام الأخير بتعجيل مبلغ يوازى قيمة ما يتبقى فى ذمته من الأقساط مخصوصا منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها . فإذا قسط القاضى على المالك المبلغ الذى يجب عليه دفعه للحائز أقساطا سنوية خمسة مثلا مع تقديم الضمانات اللازمة ، ودفع المالك للحائز القسطين الأولين فى ميعادهما ، ورأى المالك بعد ذلك أنه يستطيع أن يوفى الحائز الأقساط الثلاثة الباقية فورا ، فإن القانون يبيح له فى هذه الحالة أن يعجل للحائز مبلغاً يوازى قيمة الأقساط الثلاثة الباقية ، مخصوصا منه الفوائد بالسعر القانونى لغاية ميعاد استحقاق كل قسط منها ، وذلك فى نظير التعجيل بالوفاء قبل ميعاد الاستحقاق (١) .

ب - مسؤولية الدائر عنه هلاك العين أو تلفها

٣٦٠ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٨٣ مدنى على ما يأتى :

١ - « إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشئ وفقا لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع » .

(١) ولاشك فى أن التعديل الذى أجرتة لجنة المراجعة فى نص المشروع التمهيدى يحمل الحكم أقل غرابة مما كان فى المشروع . فإن المشروع كان يقضى بجواز التحلل من الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة عن طريق تعجيل مبلغ جسيم تكفى فوائده بالسعر القانونى للوفاء بالأقساط المستحقة فى ذمة المالك . فإذا كان المالك عاجزاً عن دفع المبلغ المطلوب فوراً ومن أجل ذلك طلب من القاضى التيسير عليه فى الدفع مع تقديم الضمانات اللازمة ، فكيف ينسئ له أن يدفع فوراً . بدلاً من تقديم هذه الضمانات ، مبلغاً أكبر بكثير من المبلغ الذى أعلن أنه عاجز عن دفعه فى الحال . إذ أن فوائد المبلغ الأول محسوبة بالسعر القانونى تكفى وحدها لتوفى بجميع الأقساط .

٢ - « ولا يكون الحائز مسؤولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاده عليه من فائدة تربت على هذا الشيء أو تلفه » .

وتنص المادة ٩٨٤ مدني على ما يأتي :

« إذا كان الحائز سعيء النية . فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائي . إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق . ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣٤ - ٩٣٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٧ - ٩٨٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٨٣ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا فروقاً لغوية طمعة . وأدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات لغوية جعلت النص ، تحت رقم ١٠٥٨ في المشروع مطابقاً كل المطابقة لاسم عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٥ . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٦ - ص ٥٢٧) .

م ٩٨٤ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٦ . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ - ص ٥٢٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٣٤ - ٩٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٧ - ٩٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٨ (تطابق م ٩٨٤ مصري - ولا مقابل في التقنين العراقي

لمادة ٩٨٣ مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن أنظر م ١٥٢ من تقنين الميراثات والقنود اللبناني آنفاً فقرة ٣٥٤ في الهامش : وهذا النص يلزم الحائز سعيء النية بأن يتحمل جميع المخاطر فيتحمل تامة الهلاك ، وعلى ذلك لا يتحمل الحائز حسن النية هذه البتة) .

ونخلص من النصوص سالفة الذكر أنه ، في مسؤولية الحائز عن هلاك الشيء أو تلفه ، يجب التمييز بين ما إذا كان الحائز حسن النية فلا يتحمل تبعه هلاك الشيء ، وما إذا كان سيئ النية فيتحمل هذه التبعة .

٣٦١ - مسؤولية الحائز حسن النية : إذا كان الحائز حسن النية ، ويعتقد

أن الشيء مملوك له ، فإنه ينتفع به كما ينتفع المالك بملكه . فله أن يستعمله ، وأن يستغله . فإذا نقصت قيمة الشيء بسبب الاستعمال أو الاستغلال ، لم يكن مسؤولاً قبل المالك عن نقص القيمة . وإذا جنى ثماره . فإنه يملكها بالقبض ، ولا يكون مسؤولاً عن ردها للمالك كما سيأتى . وبالجمل لا يكون مسؤولاً قبل المالك عن أى تعويض بسبب انتفاعه بالشيء على الوجه المتقدم الذكر . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٩٨٣ مدنى ، كما رأينا (١) ، في هذا الصدد : « إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه . فلا يكون مسؤولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع . » أما إذا استهلك الحائز الشيء أو هلك الشيء بخطأه ، فالواجب تطبيق القواعد العامة ، ويكون الحائز مسؤولاً عن التعويض (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

(٢) وقد طبقت القواعد العامة في أحوال ثلاث ماثلة لحالة الحائز : (الحالة الأولى) حالة دفع غير المستحق ، وقد قررنا في صدها ما يأتى : « تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى - وقد حذفت عند المراجعة - على ما يأتى : فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أذى التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سيئ النية ، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء في استرداده ولو تلفاً ، مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . . . ويتبين من مفهوم المخالفة في المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى . . . أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسؤولاً عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه ، وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٣٩) . (الحالة الثانية) حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك من وجوب الرد ، وقد قررنا في هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلاً ، بأن هلك المبيع مثلاً في يد المشتري وبخطأ منه ، حكم القاضي بتعويض معادل . فالزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لأعلى أساس العقد الذى تقرر بطلانه ، وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٢٧) . (الحالة الثالثة) حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد . وقد قررنا في هذا الصدد ما يأتى : « وإذا هلك المبيع وكان المشتري هو الذى يطالب بالفسخ ، لم يجب إل طلبه إذ تستعذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا . أما إذا كان البائع -

بني فرض ما إذا كان الشيء قد هلك بسبب أجنبي . أى بغير خطأ الحائز .
وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٣ مدني ببيان الحكم في هذا الفرض ،
فقالت كما رأينا (١) : « ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك
أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » .
وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « إذا هلك
الشيء في يد الحائز حسن النية : فلا يكون مسئولاً عنه ما دام أنه كان يستغله
وفقاً لما يحسب أنه حق له ، ولا يرد للمالك إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب
هذا الهلاك أو التلف من مبلغ تأمين أو تعويض . ويتصل بهذا الحكم حكم
من تسلم شيئاً وهو حسن النية وتصف فيه بعوض . فيجب أن يرد ما قبضه
من عوض » (٢) . فالقاعدة العامة هي إذن : في فرض ما إذا هلك الشيء في
يد الحائز حسن النية بسبب أجنبي . ألا يكون الحائز مسئولاً عن الهلاك ،
إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك (٣) .

— هو الذى يطالب بالتفويض وهلك البيع في يد المشتري . فإن كان الهلاك بغير المشتري حكم عليه
بالتعويض . وقد نقت المادة ١٦٠ بأنه إذا بلاستحل الرد حكم بالتعويض » (الوسيط جزء
أول طبعة ثانية فقرة ٧٨ : ص ٨٠٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ .

(٣) وقد طبقت هذه القاعدة العامة في الأحوال الثلاث التى سنذكر أن استعراضها في فرض
ما إذا كان الهلاك بغير الحائز . (فى الحالة الأولى) وهى حالة دفع غير المستحق . قررنا سابقاً :
« أما إذا كان (المدفوع له) قد انتفع بالعين الانتفاع المسمى . وفقاً لما يحسه من حقه . وهلك
العين أو تلفت أو ضاعت (بسبب أجنبي) ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة
ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع . كما إذا انتفع بالتعويض من قبل في بناء منزل آخر ،
أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع . أو ذبح موشية وانتفع من لحمها . وللمانع
في جميع الأحوال أن يسترد الشيء المثلث في الصورة التى آل إليها بعد التلف . دون أن
يتقاضى تعويضاً عن التلف مادام هذا الشيء يقع بغير المدفوع له كلاً من يده . أما إذا كانت
العين قد خرجت من يد المدفوع له إلى يد أخرى . فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى -
وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة - على ماينى : ١ - من تسلم وهو حسن النية الشيء «العين
بالذات وتصرف فيه بعوض قبل أن يعلم أنه ملزم برده . وجب عليه أن يرد ما قبضه من
عوض أو أن يعول حقه في المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان قد تصرف بغير عوض .
فلا يلتزم أن يرد شيئاً . ولكن يستزم من صدره هذا التصرف بتعويض لا يحاوز قيمة ما أثرى به
فصل من سلم الشيء غير المستحق - وإذا أنفقت من هذا المصلح السيارة الأخرى من عقدة شبيهة . -

٣٦٢ - مسؤولية الحائز سىء النية : وإذا كان الحائز سىء النية ، فانه

يكون مسئولاً قبل المالك عن استعمال الشيء واستغلاله ، فإذا نقصت قيمة الشيء بسبب الاستعمال أو الاستغلال ، وجب عليه التعويض . وإذا جنى ثمار الشيء ، فانه يلتزم بردها إلى المالك كما سيجي .

ويكون الحائز سىء النية مسئولاً عن هلاك الشيء ، سواء هلك الشيء بخطئه أو بسبب أجنبي . أما مسئوليته فيما إذا هلك الشيء بخطئه ، فترجع إلى هذا الخطأ . وأما مسئوليته فيما إذا هلك الشيء بسبب أجنبي وبغير خطئه ، فترجع إلى أنه سىء النية في حيازته للشيء . وقد نصت المادة ٩٨٤ مدنى صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا (١) : « إذا كان الحائز سىء النية ، فانه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائى ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان بهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه » . ويحسن أن يوضع إلى جانب هذا النص نص المادة ٢٠٧ مدنى ،

- لم يكن النص فيما بقى منه إلا تطبيقاً للقواعد العامة . ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذا تصرف في العين معاوضة لم يكن مسئولاً قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض ، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه في المطالبة به . وإذا تصرف في العين تبرعاً ، لم يكن مسئولاً عن شيء قبل الدافع » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية، فقرة ٨٢٩ ص ١٣٦٧ و فقرة ٨٤٠ ص ١٣٦٧ - ص ١٣٦٨) . (وفي الحالة الثانية) وهي حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : « أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة هامة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا ، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهي تقضى . بأن المشتري إذا كان حسن النية ، أى يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبائع في جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف في الصورة التى آت إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٣٧ ص ٨٨٨ هامش ٤) . (وفي الحالة الثالثة) وهي حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : « فإذا كان الهلاك بسبب أجنبي ، وطبقت قواعد دفع غير المستحق في هذه الحالة كما طبقناها في حالة البطلان ، وجب القول بأن المشتري وقت أن تسلم المبيع ، والعقد قائم لم يفسخ ، كان حسن النية ، فلا يكون مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا انتفع بأنقاض منزل في بناء منزل آخر . وللبائع أن يسترد الشيء التالف في الصورة التى آت إليها ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٤٧٨ ص ٨٠٤ - ص ٨٠٥) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

ونص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى ، وقد حذفت فى لجنة المراجعة «تجنباً للتفصيلات» . أما المادة ٢٠٧ مدنى فنصرت على ما هى . أما المادة ٩٨٤ مدنى التى كانت تنص على أن المدين يتسلمه بغير تسليمه ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن . ٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر . إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحوادث المفاجئة . ٣ - على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعه الهلاك تقع على السارق . وكانت المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف ، التزم (المدفوع له) برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سىء النية . وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء فى استرداده ولو تالفا مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف » (١) . وقد قربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بين هذه النصوص الثلاثة - المادة ٩٨٤ مدنى والمادة ٢٠٧ مدنى والمادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى - واستخلصت من هذا التقريب ما يأتى : « إذا كان الحائز سىء النية ، وهلك الشيء فى يده ولو بسبب أجنبي ، فإن الحيازة مع سوء النية تعتبر خطأ كافياً لجعله مسؤولاً عن هلاك الشيء . ويلاحظ وجوب تقريب المادة ٢٥٦ (من المشروع التمهيدى) من المادة ١٣٤٦ (من المشروع التمهيدى) وقد أصبحت المادة ٩٨٤ مدنى ، فهما تعرضان لمسألة واحدة . ومن مجموع هذين النصين يستخلص أن الحائز السىء النية يلتزم برد قيمة الشيء وقت إهلاكه أو الضياع أو التلف . وذلك دون إخلال بحق المالك فى استرداد الشيء ولو تالفا مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . على أن الحائز لا يكون مسؤولاً ، إذا هو أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف حتى لو كان باقياً فى يده من يستحقه ، شأنه فى ذلك شأن المدين بتسليم شيء . إذا كان قد أعذر (م ٢/٢٨٤ من المشروع التمهيدى) وقد أصبحت المادة ٢/٢٠٧ مدنى . على أن الحائز إذا كان قد سرق الشيء يكون مسؤولاً عن هلاكه ، حتى إذا تبين أنه كان يهلك أيضاً لو بقى فى يده المالك

(١) أنظر تنقاً فقرة ٣٦١ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٧ فى الغامش

(م ٣/٢٨٤ من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٣/٢٠٧ مدنى) (١) .
 فالقاعدة إذن أن الحائز لشيء النية يكون مسئولاً عن هلاك الشيء ولو
 كان الهلاك بسبب أجنبي ، فيرد للمالك قيمة الشيء وقت الهلاك ، وذلك
 دون إخلال بحق المالك فى استرداد الشيء ولو تالف مع التعويض عن نقص
 قيمته بسبب التلف . ولا يكون الحائز لشيء النية مسئولاً عن هلاك الشيء
 بسبب أجنبي . إذا هو أثبت أن الشيء كان يهلك حتى لو كان باقياً فى يد
 المالك . وذلك ما لم يكن الحائز قد سرق الشيء . فإنه يكون مسئولاً عن هلاكه
 ولو كان الهلاك بسبب أجنبي ، ولو أثبت الحائز أن الشيء كان يهلك حتى
 لو كان باقياً فى يد المالك (٢)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ - ص ٥٢٩ .

(٢) وهذه القواعد قد طبقت فى الأحوال الثلاث التى سبق استعراضها . (فى الحالة الأولى)
 وهى حالة دفع غير المستحق : قررنا ما يأتى : « وإذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت فى يد
 المدفوع له شيء النية ، التزم برد قيمتها وقت الهلاك أو التلف أو الضياع . وذلك دون إخلال
 بحق الدافع فى استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (م ٢٥٦ المهدوفة من المشروع
 التمهيدى) . وقد نصت المادة ٩٨٤ التى تقرر القاعدة العامة فى هذه المسألة بالحكم الآتى : إذا
 كان الحائز لشيء النية ، فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث
 مفاجئ ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه . ويتبين
 من ذلك أن المدفوع له شيء النية يكون مسئولاً عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة ،
 ولا يعفيه من المسؤولية إلا أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد الهائى -
 قارن مسؤولية السارق ، فإن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، حتى لو ثبت
 أن الشيء كان يهلك لوبق فى يد مالكه ، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق فى جميع الأحوال
 (م ٣/٢٠٧ مدنى) . وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية ، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين
 إلا إذا وقع الهلاك بخطأه ، وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ . وإذا خرجت العين من يد المدفوع
 له شيء النية ، فقد نصت المادة ٢٥٨ المهدوفة من المشروع التمهيدى على ما يأتى : ١ - من تسلم
 ولو بحسن نية الشيء المدين بالذات وتصرف فيه بمحض بعد أن علم أنه ملتزم برده ، وجب
 عليه أن يرده عيناً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى . على أنه يجوز لمن تسلم هذا الشيء أن يطالب
 من تصرف فيه بما قبضه من عوض أو بأن يحل محله فى المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان
 من تسلم الشيء قد تصرف فيه بغير عوض ، ولم يتم برده عيناً ، التزم من صدر له هذا التبرع
 بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق - والفترة الثانية من هذا
 النص لا تتفق مع القواعد العامة كذا قدت : فيجب إطفائها مادامت قد حذفت من المشروع التمهيدى.
 وتبذل للفقرة الأولى وهى تطبق للقواعد العامة . ويتبين منها أن المدفوع له شيء النية ، إذا

الفرع الثاني

الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية

٣٦٣- متى تكون الحيازة سبباً لكسب الملكية : بعد أن ورعنا من الكلام في الحيازة بوجه عام ، ننتقل إلى الكلام فيها باعتبارها سبباً لكسب الملكية . وهي على هذا الاعتبار تدخل ضمن أسباب كسب الملكية التي هي موضوع البحث .

وقد قدمنا أن الحيازة إذا وقعت على منقول لا ماثلك له ، كان هذا استيلاء يكسب الحائز ملكية المنقول . وقد سبق الكلام في الاستيلاء تفصيلاً ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك .

أما إذا وقعت الحيازة على شيء له مالك ، فإنها تكسب الحائز ملكية هذا الشيء ، إما بالتقادم الطويل في العتار والمنقول ، أو بالتقادم القصير في العقار وحده ، أو بمجرد الحيازة في المنقول وحده ، أو بالتقبض في تملك الثمار .

٣٦٤- التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية : ويجب في الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية . التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية .

تصرف في العين مدفوعة ، كان ملتزماً قبل الدافع برد العين إليه ، ويتم ذلك بفتراضه من الغير الذي تصرف له . فإن عجز عن ذلك ، كان الدافع غيراً بين قيمة العين والعرض الذي أعطى فيها . أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً ، فلا يلزم أمام الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له . (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٤٤ وفقرة ٨٤٥ ص ١٣٧٢) . (وفي الحالة الثانية) وهي حالة تقرير بعلان النقص وما يترتب على ذلك من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : «أما إذا كان المشتري سيء النية ، أي يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له ، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يعفيه من هذه المسؤولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان في يد البائع (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٣٧ ص ٥٨٨ هامش ٤) . (وفي الحالة الثالثة) وهي حالة قسح النقص وما يترتب على القسح من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : «وإذا استتب المشتري المبيع في يده بعد فسح البيع ولم يقبل رده فأنصح سيء النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي ، وجب على المشتري أن يرد ثمنه قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٥ مدني) . وهذا هو الحكم في استرداد ما دفع بدون حق إذا هلك في يده من تسلمه وهو سيء النية » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٧٨ ص ٨٠٥ هامش ١) .

فالحيازة بسوء نية تكون سببا لكسب الملكية ، في العقار والمنقول على السواء ، بالتقادم الطويل .

والحيازة بحسن نية تكون سببا : (١) لكسب ملكية العقار ، بالتقادم القصير . (٢) ولكسب ملكية المنقول ، بمجرد الحيازة إذ أن الحيازة في المنقول سند الملكية . (٣) ولكسب ملكية الثمار ، بمجرد قبضها أى حيازتها (١) .
فتستعرض في مبحثين الحيازة بسوء نية ، والحيازة بحسن نية ، باعتبار أن كلا منهما سبب لكسب الملكية .

المبحث الأول

الحيازة بسوء نية باعتبارها سببا لكسب الملكية

(التقادم المكسب الطويل في العقار والمنقول)

٣٦٥ - التقادم المكسب والتقادم المسقط والفروق بينهما : قدمنا ، عند الكلام في التقادم المسقط في أسباب انقضاء الالتزام (٢) ، أن الفروق ما بين التقادم المكسب (prescription acquisitive, usucapion) والتقادم المسقط (prescription extinctive) فروق واضحة . فالتقادم المسقط يقضى الحقوق الشخصية والحقوق العينية (فيما عدا حق الملكية) على السواء . إذ لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة . أما التقادم المكسب ، ونقترن به الحيازة دائما ، فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية - دون الحقوق الشخصية - بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة . والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فإذا رفع صاحب الحق الذي سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط . أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء ، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والحيازة من حيث الآثار التي ترتب عليها تصلح قرينة على الملكية كما تقدم . وتكسب الملكية فعلا بالتقادم الطويل ، في العقار والمنقول . فإن اقتصرت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح ، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير وملكية المنقول في الحال ، ويملك الحائز في كل الفررض ثمار العين إذا كان حسن النية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٧) .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٩١ .

المالك بالتقادم المكسب ، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم للكسب .

ثم إن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية . إذ الحائز حسن النية يملك الحق في مدة أقصر من المدة التي يملكه فيها الحائز سيئ النية . أما في التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية . والمدة التي يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعاً لطبيعة هذا الحق . لا تبعاً لثبوت حسن النية أو النفاذ .

٣٦٦ - القواعد المتركزة فيما بين التقادم المكسب والتقادم المسقط -

نص قانوني : تنص المادة ٩٧٣ مدني على ما يأتي :

« تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة . ووقف التقادم وانقطاعه . واستنساخه أمام القضاء ، والنزاع عنه ، والاتفاق على تعديل المدة : وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب . ومع مراعاة الأحكام الآتية » (١) .

ويخلص من النص سالف الذكر أنه . بالرغم من أن هناك فروقاً واضحة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط أحملناها فيما تقدم . توجد مع ذلك قواعد مشتركة كثيرة تجمع بين النوعين من التقادم . وسنبين تفصيلاً فيما يلي هذه القواعد المشتركة . ونحسبنا هنا أن نجملها فيما يأتي :

١ - حساب المدة : ويدخل في ذلك بدء سريان التقادم . وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادتان ٣٨٠ و ٣٨١ مدني ، وهما يسريان على

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٤ من مشروع التمهيد من دحه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس أدواب تحت رقم ١٠٤٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٩ - ص ٥٠٥) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٢ (مطابق) .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل

التقادم المكسب فيما لا تتعارضان فيه مع طبيعة هذا التقادم . أما المادة ٣٨٠ مدني فلا تتعارض في شيء مع طبيعة التقادم المكسب . ومن ثم تسري عليه ، وهي تنص على أن « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » . وأما المادة ٣٨١ مدني وهي الخاصة ببدء سريان التقادم المسقط ، فهي عدم تعارضها مع طبيعة التقادم المكسب تفصيل سنينه في مكانه .

٢ - وقف التقادم وانقطاعه : ففيما يتعلق بوقف التقادم ، ورد في التقادم المسقط المادة ١/٣٨٢ مدني ، وهي تسري على التقادم المكسب أيضا ، وتجري على الوجه الآتي : « لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا . وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب » . أما المادة ٢/٣٨٢ مدني ، وهي أيضا متعلقة بوقف التقادم المسقط ، فتجري على الوجه الآتي : « ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق كل من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » . ويؤخذ من هذا النص أن التقادم المسقط لا يوقف ، ولو وجد سبب لوقفه ، إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات . أما التقادم المكسب ، فهي وجد سبب لوقفه فإنه يوقف ، حتى لو لم تزد مدته على خمس سنوات كما هو الأمر في التقادم المكسب القصير . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدني على ذلك صراحة ، إذ تقول : « أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه » ، ومنعود إلى هذه المسألة تفصيلا في مكانها . وفيما يتعلق بانقطاع التقادم ، ورد في التقادم المسقط المواد ٣٨٣ - ٣٨٥ مدني تبين أن هذا التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وما في حكمها وباقرار المدين بحق الدائن ، وتذكر حكم انقطاع التقادم وأن تقادما جديدا يبدأ ساريا من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . وكل هذه الأحكام تسري على التقادم المكسب ، ويزيد التقادم المكسب سببا آخر للانقطاع يستعصى على طبيعة التقادم المسقط ، هو تحلي الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو يفعل للغير (م ٩٧٥ مدني) . وسأاتي بيان ذلك تفصيلا في المكان المناسب .

٣ - التمسك بالتقادم أمام القضاء : وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادة ٣٨٧ مدني . وتوجب على ذي الشأن أن يتمسك بالتقادم المسقط أمام القضاء ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بهذا التقادم من تلقاء نفسها . وهذا النص لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم يسرى عليه . وسيأتي تفصيل ذلك في مكانه .

٤ - التنازل عن التقادم والاتفاق على تعديل المدة : وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادة ٣٨٨ مدني . وهي تقضي بأنه لا يجوز التزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون . ولما كان هذا النص لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب . فإنه يسرى عليه . وسنبين ذلك تفصيلاً في المكان المناسب (١) .

٣٦٧ - الاعتبارات العملية التي قام عليها التقادم المكسب : قدمنا في التقادم المسقط (٢) أن هذا النوع من التقادم يركز على اعتبارات عملية تقوم على استقرار التعامل . ويمكن أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم في نظمه القانونية لنذكر إلى أي حد يتزعزع فيه التعامل ونحل الفوضى محل الاستقرار فإذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طالبت المدة التي مضت على استحقاقه . وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلاً وحصل على مخالصة به ، أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لا نهاية له حتى يستطيع إبرازها في أي وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين . أليس واجباً لاستقرار التعامل أن يفترض في الدائن الذي سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما نحن بصدده : «قواعد التقادم المكسب هي نفس قواعد التقادم المسقط فيما يتعلق باحتمال المدة ، وفيما يتعلق بوقف التقادم إلا أن التقادم المكسب يوقف أياً كانت مدته أما التقادم المسقط فلا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات . . . وفيما يتعلق بانقطاع التقادم ، إلا أن التقادم المكسب ينقطع انقطاعاً طبيعياً إذا فقد الحائز الحياة ولم يستردها أو يرفع الدعوى باستردادها في خلال سنة ، ولا يتصور هذا الانقطاع الطبيعي في التقادم المسقط ، وفيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء وجواز التنازل عنه والاتفاق على تعديل مدته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨) .

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٥٩٢

أو في القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل ؟ فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء ، أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة . ولا بد من تحديد وقت ما إذا انقضى لا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين ، وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضا بديون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاب المدين بجعله معرضا للمطالبة وقتا أطول مما يجب ، ولا مباغته الدائن باسقاط حقه في وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع المصري خمسة عشر عاما ، وهي المدة التي لا يجوز بعدها سماع الدعوى في الفقه الإسلامي . فإذا انقضت المدة التي يتم بها التقادم ، وادعى المدين براءة ذمته ، وأصر الدائن على المطالبة بالدين ، فالأولى بالرعاية هو المدين لا الدائن . ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه فعلا ، ولم يكن قد أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة ، فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالا لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغته المدين بعد ذلك بالمطالبة . وبين مدين اطمأن إلى وضع ظاهر مستقر ، ودائن أقل ما يؤخذ به الإهمال الذي لا مبرر له ، المدين دون ريب هو الأولى بالرعاية .

هذا فيما يتعلق بالتقادم المسقط والاعتبارات العملية التي قام عليها هذا النوع من التقادم . أما فيما يتعلق بالتقادم المكسب ، وبأنه يقوم هو الآخر على اعتبارات عملية لا تقل في الأهمية عن تلك التي قام عليها التقادم المسقط ، ففي البلاد التي لا يوجد فيها سجل عيني يكون القيد فيه ذا دلالة مطلقة على الملكية والحقوق العينية الأخرى ، يصبح التقادم المكسب ضرورة لا مندوحة عنها في إثبات هذه الحقوق . ذلك بأنه لو اعتمدنا في إثبات الملكية على انتقالها من مالك إلى آخر ، لوجب إثبات أن من تلقى الملكية تلقاها من مالك ، وأن هذا قد تلقاها من مالك قبله . وهذا أيضا تلقاها من مالك عن مالك عن مالك ، إلى ما لا نهاية . وهذا دليل يتعذر تقديمه ، وإذا لم يكن هناك سجل عيني يكون القيد فيه هو الدليل المطلق على الملكية ، فلا بد من الوقوف عند حد زمني إذا أثبت للشخص أنه حاز في خلاله العين دون انقطاع فإنه يكون بذلك قد قام الدليل على ملكيته للعين بحيازتها طوال هذه المدة ، وهذا هو التقادم المكسب .

فالتقادم المكسب إذن هو أهم دليل من الناحية التعديعية على الملكية والحقرق العينية الأخرى ، وبه يستقر التعامل ويأمن من يتعامل مع حائز العين أنه يتعامل مع شخص يستطيع أن يثبت أنه هو المالك (١) . ويمكن في ذلك أن يكون الحائز للعين قد بقي حائزا لها المدة الواجبة للتملك بالتقادم المكسب : وهي في الغالب خمس عشرة سنة .

وإلى جانب أن التقادم المكسب يقوم دليلا عمليا على الملكية ، يوجد لهذا النوع من التقادم مهمة اجتماعية أخرى . فبفضله يصبح الوضع الفعلي مطابقا للوضع القانوني ، ويصبح من يحوز العين مدة معينة هو المالك لها ولو لم يكن مالكا من قبل ، وتقلب الحيازة وهي مجرد وضع فعلي واقع إلى ملكية وهي وضع قانوني مشروع . وبذلك تستقر الأوضاع الفعلية بعد أن انقلبت إلى أوضاع قانونية ، ويطمئن الناس إلى التعامل مع الحائز للعين ، إذ يعلمون أن الحيازة إذا دامت مدة معينة انقلبت إلى ملكية . وإذا صح أن يقع أن الحائز للعين يكون قد اغتصبها وظل حائزا لها حتى تملكها بالتقادم ، فإن هذا إنما يقع في ظروف قليلة ، والضرر الذي ينجم عنه لا يعادل الفائدة التي تعود على المجتمع من استقرار الأوضاع الناجم عن التقادم المكسب على النحو الذي أشرنا إليه . على أنه حتى في هذا الفرض الأخير ، لا يمكن أن يسلم المالك للعين المغتصبة ، الذي سكت على هذا الاغتصاب مدة طويلة تصل إلى خمس عشرة سنة وقد تزيد بما يعتوره هذه المدة من أسباب وقف وانقطاع ، من تهمة الإهمال الذي لا مبرر له . وبين مالك مهمل بترك ما يملكه في أيدي الناس دون أن يقوم على رعايته واستغلاله ، وحائز نشيط يقوم على استغلال العين ويرعاها رعاية المالك للملكه ، الحائز دون ريب هو الأولى بالرعاية (٢) .

٣٦٨ - لمحة تاريخية : يرجع التقادم المكسب في أصله إلى القانون الروماني ، وقد سبق ظهوره في هذا القانون ظهور التقادم المسقط بمدة طويلة (٣) . ويصعد في أصوله الأولى إلى الألواح الاثني عشر ، وكانت

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٠ ص ٤٤٤ - ص ٤٤٥ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٨٨ ص ٦٩٨ .

(٣) أنظر في تاريخ التقادم المسقط الوسيط ٣ فقرة ٥٩٣ .

مدده قصيرة لا تتجاوز العام أو العامين ، فقد كانت الأعيان في روما محدودة وأصحابها لا يكادون يبرحونها : فكانت هذه المدد القصيرة كافية لإشعارهم بأى اغتصاب يقع على أراضيهم ، فيبادرون إلى منعه ويقطعون بذلك مدة التقادم .

وبدأ التقادم المكسب في روما يؤدي مهمتين متميزتين إحداهما عن الأخرى المهمة الأولى هي تحويل الحيازة الفعلية إلى ملكية رومانية صحيحة . إذ كانت هذه الملكية الرومانية كثيرة التعقيد زاخرة بالأشكال والأوضاع الرومانية . فإذا لم تستكمل هذه الأوضاع ، وكثيرا ما كانت لا تستكملها ، أغنى عنها حيازة لمدة قصيرة ينقلب عند انتهائها حق الحائز إلى حق ملكية قانونية (*dominium ex jure quiritium*) . (١) والمهمة الثانية التي كان التقادم المكسب يقوم بها هي علاج مركز من يتعامل مع غير المالك . فلا تنتقل إليه الملكية بداهة ، فيأتى التقادم المكسب لنجدته بأن ينقل إليه الملكية بعد حيازة العين لمدة قصيرة ، إذا كان حسن النية ومعه سبب صحيح . وبذلك كان التقادم المكسب في كل من هاتين المهمتين ، يضع حدا لتزعزع الملكية وعدم استقرارها ، وتنقلب به الحيازة إلى ملكية قانونية صحيحة . ولكنه كان لا يسرى إلا على الأشياء القابلة للملكية الرومانية (*propriété quiritaire*) : وعلى الرومان دون الأجانب . أما الأراضي التي في الأقاليم (*fonds provinciaux*) ، فكان هذا النوع من التقادم لا يسرى عليها . فأدخل البيطور الروماني ، إلى جانب هذا النوع من التقادم المكسب (*usucapio*) ، نوعا آخر من التقادم المكسب (*prescriptio longi temporis*) يسرى على أراضي الأقاليم وعلى الأجانب . واشترط لإعماله أن يكون الحائز حسن النية ومعه سبب صحيح ، وجعل مدة التقادم عشر سنوات إذا كان الحائز والمالك الحقيقي يقيمان معاً في إقليم واحد ، وعشرين سنة إذا كانا يقيمان في إقليمين مختلفين . وبدأ هذا التقادم البيطورى بأن يكون دفعا ضد دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك . ثم انتهى إلى أن يكون دفعا ودعوى في وقت واحد . فيستطيع الحائز أن يدفع به دعوى الاستحقاق . كما يستطيع أن يرفع هو دعوى الاستحقاق على من يأخذ منه الحيازة

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٤ .

ولما زالت الفروق بين الأشياء الرومانية (*res mancipi*) والأشياء غير الرومانية . وبين الأراضي الإيطانية وأراضي الأقليم ، وبين المواطن الروماني والأجنبي . اندمج النوعان من التقادم المكسب أحدهما في الآخر . وخلص من هذا الاندماج نظام مشترك . مدته عشر سنوات أو عشرون سنة في العقار وثلاث سنوات في المنقول .

ثم أنشأ القانون البيزنطي (قانون الامبراطور ثيودوس سنة ٤٢٤) . إلى جانب هذا النظام المشترك . نظاما جديدا هو التقادم المكسب الطويل (*prescriptio longissimi temporis*) مدته ثلاثون سنة . ويعنى بطول مدته هذه عن اشتراط حسن النية والسبب الصحيح . وزادت المدة إلى أربعين سنة بالنسبة إلى أموال الخزنة العامة وأموال الامبراطور وأموال الكنائس والمؤسسات الدينية ، ثم زادت إلى مائة سنة بالنسبة إلى أموال الكنيسة . وخلط جوستنيان في مجموعاته بين التقادم المكسب والتقادم المسقط . وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر . وانتقل هذا الخلط إلى التقنين المدني الفرنسي نفسه ، وكان مصدرا لكثير من الاضطراب والتشويش في تفهم أحكام التقادم ، سواء في القانون الروماني أو في القانون الفرنسي .

وأخذ التقادم المكسب الذي عرفه القانون الروماني على النحو سالف الذكر طريقه إلى القانون الفرنسي القديم ، وبخاصة في الجنوب بلاد القانون المكتوب (*pays de droit écrit*) . على أن العادات الجرمانية والأوامر الملكية عدلت من أحكام القانون الروماني ، وأثر القانون الكنسي (*droit canonique*) بوجه خاص على هذه الأحكام . وكان القانون الكنسي ينظر إلى التقادم بوجه عام نظرة استنكار . ويستعصى عليه أن يسلم أن شخصا لا يملك الحق يصبح مالكا له بالتقادم ، ويرى في ذلك ضربا من تحليل الغصب وجعله مشروعا . فقلب التقادم الروماني من أن يكون قائما على أساس استقرار التعامل . إلى أن يكون قائما على أساس أنه الدليل على وجود الحق حيث تتعذر إقامة الدليل . وتوسع كثيرا في أسباب وقف التقادم ، واشترط حسن النية في الحائز طوال مدة حيازته فلا يكفي حسن النية وقت بدء الحيازة . ومنحت امتيازات خاصة لبعض الأموال فأصبحت غير قابلة للتملك بالتقادم أو أطيلت مدة التقادم فيها . من ذلك أموال الكنيسة وأموال التاج وأموال الطوائف المهنية .

وقد أخذ التقنين المدني الفرنسي نظام التقادم من هذه المصادر جميعا ،
 نقلا عن Dunod وعن Domat ، وجعل القانون الروماني هو الأساس ،
 مع تعديله بالعادات الجرمانية وبالأوامر الملكية وبالقانون الكنسي . ولكن
 واضع التقنين المدني الفرنسي بسطوا من قواعد التقادم ، وأرجعوها إلى
 أصلها الروماني : وألغوا الامتيازات الخاصة التي تمتع بها بعض الأموال من
 ناحية قابليتها للتملك بالتقادم فيما سلف ذكره (١) .

٣٦٩- تقسيم الموضوع : ونجعل بحثنا للتقادم المكسب الطويل في مطلبين

(١) كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل . (٢) أعمال التقادم المكسب والآثار
 التي تترتب عليه .

المطلب الأول

كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل

٣٧٠- شروط تحقق التقادم المكسب الطويل : حتى يتحقق التقادم

المكسب الطويل ، يجب أولا أن يكون هناك حق يمكن كسبه بهذا النوع
 من التقادم فيحوزه الشخص حيازة تتوافر فيها الشروط ، ويجب ثانيا أن تتم
 مدة التقادم فتدوم هذه الحيازة خمس عشرة سنة كاملة ، ويجب ثالثا ألا يوقف
 التقادم وألا ينقطع .

١- الحقوق التي يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل

٣٧١- نص قانوني : تنص المادة ٩٦٨ مدني على ما يأتي :

« من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا
 على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاضعا له ، كان له أن يكسب ملكية
 الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » (٢) .

(١) أنظر في تفصيل ذلك بودري وتيسيه فقرة ٣ . فقرة ٢٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٩ من المشروع التمهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٣
 في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ
 اقترح بعض مستشاري محكمة النقض حذف كلمة «منقول» الواردة في النص لأن التقادم المكسب =

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٢/٧٦ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٧ و ٩١٩ و ٩٢٥ و ٩٢٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٧٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١/١١٥٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٥ - ٢٦٠ (٢) .

= غير لازم إلا في المقار، ورأوا أيضاً أن الحيابة بشروطها ومعتها هي قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك للحائز ومن ثم يجب حذف التقادم المكسب من بين أسباب كسب الملكية وإضافته إلى باب الإثبات بين القرائن القانونية القاطعة . فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح . ف فيما يتعلق بالجزء الأول منه ، لا يمكن حذف كلمة « منقول » لأن المقصود تمتك المنقول بالتقادم المكسب الطويل في حالة ما إذا كان الحائز سيء النية ، وفي هذا يسرى المقار والمنقول ، وبديهي أن قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية لا تنطبق على هذه الحالة . أما فيما يتعلق بالجزء الثاني من الاقتراح ، فالملاحظة تنطوي على نظرة فقهية ، وقد أثرت اللجنة أن يحتفظ المشروع بالطابع التقليدي في هذه الناحية لأنه يحجب التقنين حرج الفصل في مسائل ينبغي أن يظل الاجتهاد فيها ظليفاً من كل قيد . عل أنه لوصح وجوب إضافة جميع القرائن القانونية إلى باب الإثبات ، لامتلاء هذا الباب بمسائل لم تجر العادة أن يتضمنها ، ويكنى أن يشار في هذا الصدد إلى مسئولية المتبوع من التابع وإلى المسئولية عن الحيوان . وقد وافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٩٦٨ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته بلته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩١ - ص ٤٩٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٠٢/٧٦ : تحصل ملكية المقارات والحقوق لمن وضع يده عليها ظاهراً بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متوالات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح . فإذا لم يوجد ذلك السبب ، لا تحصل له الملكية إلا إذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة . (وحكم التقنين المدني السابق هو حكم التقنين المدني الجديد ، ويلاحظ أن التقنين المدني السابق قد أغفل ذكر المنقول فلم يدخله ضمن الأموال الحائز تملكها بالتقادم المكسب الطويل إذا كان الحائز سيء النية) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩١٧ (موافق مع ملاحظة أن التقادم المكسب لا يسرى فيما يتعلق بالمقار المسجل في السجل العقاري) - م ٩١٩ : يكتسب حق تسجيل التصرف في الأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنوات من تاريخ الحيابة بسند أو بغير سند ، بشرط أن يكون الحائز قائماً بزراعة الأرض . م ٩٢٥ : لا يسرى التقادم على الحقوق المقيدة في السجل العقاري أو التي هي تحت إدارة أملاك الدولة .

م ٩٢٦ : لا يكتسب بالتقادم أى حق على المقارات المتروكة والحمية والمرفقة .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٢ (مطابق)

ويخلص من هذا النص أن الحقوق العينية وحدها . وعلى رأسها حق الملكية ، في العقار وفي المنقول على السواء ، هي التي يمكن تملكها بالتقادم المكسب الطويل ، أما الحقوق الشخصية فلا يجوز تملكها بالتقادم . وليس كل حق عيني قابلاً للتملك بالتقادم ، بل يجب أن يكون هذا الحق قابلاً للتعامل فيه حتى يمكن كسبه بالتقادم . ويجب فوق ذلك أن يكون حقاً من الحقوق التي تقبل الخضوع للحيازة ، ويستدعي ذلك أن نعرض لأنواع خاصة من الأموال ، هي أموال الدولة العامة والخاصة وأموال الوقف وحق الإرث . ثم إن الحق الذي يراد تملكه بالتقادم المكسب الطويل ، إذا استوفى الشروط سالفة الذكر ، يجب أن يكون في حيازة الشخص الذي يريد تملكه ، وأن تكون هذه الحيازة مستوفية لعنصرها المادى والمعنوى ، وأن تكون خالية من العيوب . فهذه جملة من المسائل نبحثها على التعاقب .

٣٧٢ - الحقوق العينية ومردودها من الحقوق الشخصية هي التي يمكن

تملكها بالتقادم : وأول الحقوق العينية التي يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل هو حق الملكية ، ويستوى في ذلك العقار والمنقول . ولا يعترض ، بالنسبة إلى المنقول ، بأنه يملك بمجرد الحيازة ، فحل ذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ومصحوبة بالسبب الصحيح . أما إذا لم تقترن الحيازة بحسن النية أو لم تكن مصحوبة بالسبب الصحيح ، فالمنقول والعقار سيان ، كلاهما

= التقنين المدنى المرقى م ١/١١٥٨ (موافق مع ملاحظة أن التقادم لا يصرى فيما يتعلق بالعقار المسجل في دائرة الطابو) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٥ : لا يصرى مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقارى أو الخاصة لإدارة أملاك الدولة .

م ٢٥٦ : لا يكتسب بمرور الزمن حق البتة على العقارات المتروكة والمحمية والمرفقة .

م ٢٥٧ : يكتسب حق القيد في السجل العقارى فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة في السجل العقارى ، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة خمس سنوات هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه ، بشرط أن يكون لدى واضع اليد سبب بحق . وإذا لم يكن لديه سبب بحق ، فمدة خمس عشرة سنة .

م ٢٦٠ : يكتسب حق قيد تصرف بالأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنين على وضع اليد بسند أو بغير سند ، شرطاً أن يكون واضع اليد قائماً بزراعة الأرض .

(وتصوص القانون اللبناني تتفق مع نصوص التقنين السورى) .

لا يملك إلا بالتقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة (١) . وعلى ذلك يكون قابلا للتملك بالتقادم العقار . ويدخل في ذلك الأرض الزراعية كانت أو أرضا فضاء ، وكل ما تنبت الأرض من ثمر وشمصول وزرع ، وكل ما يغرس فيها من أشجار ونخيل ، وكل ما يقيم على الأرض من مبان ومنشآت كالمساكن والمكاتب والحوائيت والمصانع والمخازن والمخارج والجراجات والزرائب والأفران والمطاحن وغير ذلك من الأماكن التي تشيد فوق سطح الأرض ، أو تشيد في باطنها كالأنفاق والمخاري والآبار والمواسير والأنابيب المدفونة في باطن الأرض . ويكون قابلا للتملك بالتقادم المنقول . ويدخل في ذلك العروض والمكيلات والموزونات والمأكولات والمشروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات والمركبات والسفن والعوامات والذهبيات والطائرات وأكشاك الاستحمام وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة والأكشاك الخشبية والمباني التي تنام مدة الأعياد والموالد إذا لم تثبت في الأرض .

وكما تكسب الملكية في العقار والمنقول بالتقادم المكسب الطويل . كذلك يكسب بهذا التقادم كل حق عيني آخر . فتكسب الملكية الشائعة في العقار والمنقول ، وملكية الرقبة في العقار والمنقول ، وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى في العقار والمنقول ، وحق الارتفاق الظاهر ، وحق الحكر القائم على أرض غير موقوفة قبل العمل بالتقنين المدني الجديد ، وحق الرهن الحيازي في العقار والمنقول .

أما الحقوق الشخصية (créances) فلا تكسب بالتقادم المكسب ، ولكنها تنقضي بالتقادم المسقط . ولا يكسب الحق الشخصي بالتقادم حتى لو كان قابلا للحيازة ، كما هو شأن حق المستأجر فالمستأجر إذا كان يحوز حقه كمستأجر إلا أن حيازته هذه لا تؤدي به إلى كسب هذا الحق بالتقادم المكسب . وإن كانت تصلح لأن تحمي بجميع دعاوى الحيازة ، وقد سبق بيان ذلك . وهناك حقوق شخصية تتجسد في سنداتها وتصبح هي والسند شيئا واحدا . وهذه هي

(١) أنظر مادار في هذا الشأن من المقتضا في مجلة مجلس الشيوخ سنة ١٩١٢ في

السندات لحاملها (titres au porteur) ، فهذه تعامل معاملة المنقول المادى ، ومن ثم يجوز كسبها بالتقادم المكسب الطويل بالرغم من أنها حقوق شخصية .

٣٧٣ - وجوب أنه بكونه الحق القبلى قابلاً للتعامل فيه وقابلاً للحيازة :

وليس كل حق عيى - ونقف هنا عند حق الملكية فى العقار والمنقول لأنه هو موضوع البحث فى أسباب كسب الملكية - يمكن كسبه بالتقادم . بل يجب أن يكون العقار أو المنقول قابلاً للتعامل فيه ، وقابلاً للحيازة^(١) .

أما أن العقار أو المنقول يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه (dans le commerce) فذلك واضح ، لأن ما لا يقبل التعامل فيه لا تنتقل ملكيته ، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم . والشئ لا يكون قابلاً للتعامل فيه ، كما قدمنا عند الكلام فى محل الالتزام^(٢) ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأتى ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع . فالشئ لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر^(٣) . وقد يكون الشئ غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذى خصص له . فالملك العام لا يصح التعامل فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه ومع جواز تملكه بالتقادم . وقد يكون الشئ

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بدوائرها المحكمة بأن الأموال التى اعترف القانون المدنى بها أربعة أنواع ، وهى الملك والوقف والمباح والمخصص للمنفعة العامة . والذى يستفاد من أحكام هذا القانون أن قواعد التملك بمضى المدة لا شأن لها لا بالوقف ولا بالمخصص لمنفعة العامة ، بل وليس لها باعتبار النصوص عند وضع القانون سنة ١٨٨٣ شأن بالأراضى المباحة . وكل ما تنطبق عليه باعتبار تلك النصوص إنما هو النوع الأول من الأموال ، وهو الملك (استئناف مصر دوائر مجمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٣ ص ٩٥٥) .

(٢) أنظر الوسيط ١ فترة ٢٢٧ .

(٣) ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالة . وقد يصح التعامل مكنياً فى هذه الأشياء من بعض النواحي ، فأشعة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافى . واخترام يستعمله الكيمائى فى أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائة ما يصلح أن يكون محلاً للائتمان . فعند ذلك تصبغ الشمس واخترام والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة ، وتصلح إذن أن تكون محلاً للالتزام . وإذا كان الشئ يمكن التعامل فيه ولكن لا ماله له ، فهو مباح . كالتحيط فى الهواء والسك فى البحر ، ويملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه .

غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل لنظام العام أو للآداب . على أن نص القانون الذي يمنع من التعامل في الشيء يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هي ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب . فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو في الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أو لهما معاً . ومن أمثلة الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها لمخالفة ذلك للنظام العام أو للآداب ، ومن ثم لا يجوز تملكها بالتقادم ، الأهلية والحالة المدنية والمخدرات والحشيش وبيوت العهارة وبيوت المقامرة . والأصل أن الشيء الذي لا يجوز التعامل فيه لا يكون قابلاً للتصرف فيه وغير قابل للتملك بالتقادم . وعلى ذلك يكون الشيء غير القابل للتصرف فيه لا يقبل في العادة التملك بالتقادم . ولكن توجد استثناءات لهذه القاعدة . فهناك أشياء غير قابلة للتصرف فيها ، ومع ذلك يجوز تملكها بالتقادم . من ذلك الوقف الأهلي ، فقد كان قبل الغائه غير قابل للتصرف فيه ، وكان مع ذلك يجوز تملكه بالتقادم مدة ثلاث وثلاثين سنة . ومن ذلك أيضاً العين غير القابلة للتصرف فيها بموجب شرط مانع من التصرف يتضمنه عقد أو وصية ، فهذه العين لا يجوز التصرف فيها وهي مع ذلك قابلة بالتقادم المكسب الطويل (١) وعلى العكس من ذلك ، قد يكون الشيء قابلاً للتصرف فيه ، ومع هذا لا يجوز تملكه بالتقادم . من ذلك الارتفاقات غير الظاهرة ، فهذه يجوز التصرف فيها مع العقار المرتفق ولكن لا يجوز تملكها بالتقادم (م ١٠١٦ / ٢ مدني) . ومن ذلك أيضاً أملاك الدولة الخاصة ، فهذه يجوز التصرف فيها ومع ذلك لا يجوز تملكها بالتقادم (قانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) .

ولا يكفي أن يكون العقار أو المنقول قابلاً للتعامل فيه حتى يكون قابلاً للتملك بالتقادم ، بل يجب أيضاً أن يكون قابلاً للحيازة إذ التملك بالتقادم يفترض أن الشيء قد خضع للحيازة مدة طويلة . والأصل أن الشيء القابل للتعامل فيه يكون أيضاً قابلاً للحيازة ، ولكن ذلك ليس حتماً فقد يوجد شيء قابل للتعامل فيه ومع ذلك لا يكون قابلاً للحيازة . فالمجموع من المال (universalité) كالتركة لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعاً ، ومع ذلك يكون قابلاً للتعامل

فيه . ومن ثم لا تكون التركة كمجموع من المال قابلة للملك بالتقادم ، إذ هي . وإن كانت قابلة للتعامل فيها ، غير قابلة للحيازة .

ونطبق ما قدمناه على الأموال العامة (الدومين العام) ، وعلى الأموال الخاصة المملوكة للدولة (الدومين الخاص) ، وعلى الوقف ، وعلى حق الإرث .

٣٧٤ - الأموال العامة « الدومين العام » : لما كانت الأموال العامة غير قابلة في الأصل للتعامل فيها وذلك بالنظر إلى الغرض الذي خصصت له إذ هي مخصصة لمنفعة عامة ، لذلك لا يجوز تملكها بالتقادم . وقد نصت المادة ٨٧/٢ مدني ، تأكيداً لذلك ، على أن الأموال العامة « لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » .

فهذه قيود ثلاثة تحيط بالأموال العامة لحمايتها : عدم جواز التصرف وعدم جواز الحجز وعدم جواز التملك بالتقادم . وأهم هذه القيود الثلاثة هو قيد عدم جواز التملك بالتقادم ، فهو أهم بكثير من قيد عدم جواز التصرف ومن قيد عدم جواز الحجز . وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد (١) : « ووجه ذلك واضح ، فانه يصعب تصور أن الدولة أو الشخص الإداري يعمد إلى التصرف في الشيء العام إلا إذا كان غير عالم بصفته ، وكذلك ينذر أن يقدم دائن للشخص الإداري على حجز أمواله العامة بل حتى على حجز أمواله الخاصة لأن الشخص الإداري يكون عادة موسراً فلا يكون دائنه في حاجة إلى التنفيذ الجبري على ماله . وإنما الحشية كل الحشية هي في أن تعتدى الأفراد على الشيء العام بوضع اليد عليه أملاً في أن تكسب ملكيته بالتقادم ، ومن ثم سد القانون هذا الباب في أوجه المعتدين ، وحرّم تملك الشيء العام بالتقادم . كذلك لا يجوز لشخص أن يكسب بالتقادم حق ارتفاق على الأموال العامة . وإذا كان الشخص الإداري يستطيع رفع دعاوى الحيازة لبحمى حيازته ، فإن الأفراد لا يعمدون في حيازتهم للشيء العام لأن هذه الحيازة لا يعتد بها » (٢) .

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٦ من ١٥٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد على الأموال العامة . بهذا طالت مدته ، لا يكسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها لمنفعة العامة (وعندما كان جواز كسب أموال الدولة الخاصة بالتقادم) . ولا يعتبر وضع اليد على مال عام مدة خمس عشرة سنة ، معياراً منازعة من الحكومة . سبباً يزيل عن هذا المال صفته بأن مال عام لا يجوز كسبه بالتقادم . انظر نفس مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام المجلس ١٧ رقم ١٢٤ من ٩٠٨ .

٣٧٥ - الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الشخصيات العامة « الدومين الخاص » -

القانون رقم ١٩٥٧ لسنة ٣٩ (بالقانون رقم ١٩٥٩ لسنة ١٤٧) تنص المادة ٩٧٠ مدني (المادة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ وبالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩) على ما يأتي :

١ - « في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

٢ - « ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أي حق عيني عليها ، بالتقادم . كما لا يجوز التعدي عليها ، وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١٥ - وفي جميع الأحوال ، لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ٢ - وليس شوق أن يكسب حقاً بالتقادم » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية من المادة «ليترك الأمر للقضاة ليتصرفوا حسب القواعد العامة » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٧٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كعادته بجنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٧ - ٤٩٩) .

ثم صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بتعديل المادة ٩٧٠ على الوجه الآتى : ١٥ - في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ٢ - ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أي حق عيني عليها ، بالتقادم » . وصدر بعد ذلك القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ يضيف عبارة الآتية في آخر الفقرة الثانية : « كما لا يجوز التعدي عليها ، وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » . فأصبح النص بهذين التاميلين مطابقاً لما استقر عليه أخيراً .

ولامقابل للنص في التقنين المدنى السابق ، ولكن المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية كانت تنص على ما يأتى : «القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة ، مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له في عدم إقامتها ، إلا في الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التحكك وعدم العذر الشرعى ، وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة » . (والتقادم هنا ليس تقادماً مكسباً ، بل هو ليس تقادماً سقطاً ، وإنما هو دفع بعدم جواز سماع الدعوى على النحو الذى عرف أخيراً في الفقه الإسلامى) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويؤخذ من الفقرة الثانية من النص سالف الذكر أن الأموال الخاصة
 المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وهى الأموال المعروفة باسم
 «الدومين الخاص» ، لا يجوز كسب ملكيتها ولا كسب أى حق عيني آخر عليها
 كحق ارتفاق ، بالتقادم المكسب . وهذا حكم جديد لاسابقة له فى التشريع
 المصرى ، استحدثه القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، مخالفًا فى ذلك التقاليد
 التشريعية المصرية ، وراجعا بنا إلى أيام القانون الفرنسى القديم حيث كانت
 تكثر الامتيازات الخاصة التى تمنح لأملاك الدولة وأملاك الكنيسة وغيرها من
 أملاك الطوائف المهنية فتجعل غير قابلة للتملك بالتقادم (١) . ذلك بأن حق
 الدولة فى الأشياء المملوكة لها ملكية خاصة هو حق ملكية مدنية محضة ، وشأن
 الدولة فى تملك الأشياء الخاصة شأن أى فرد فى تملك المال الخاص ، وتملك
 الدولة الأشياء الخاصة بنفس أسباب كسب الملكية الخاصة . وقد كان أهم
 فرق على بين الملك العام والملك الخاص أن الملك العام لا يجوز تملكه بالتقادم ،
 أما الملك الخاص فيجوز تملكه بهذا الطريق .

وقد كان الأفراد يضعون أيديهم على بعض أملاك الدولة الخاصة ،
 وتنقضى المدة اللازمة للتقادم ، فيتملكونها بوضع اليد . وقد رأت الحكومة
 أخيرا أن فى ذلك خطرا على أملاكها الخاصة ، فهى مشتتة فى أنحاء البلاد ،
 ولا تستطيع فى كل حالة أن تدفع عنها اعتداء الأفراد فى الوقت المناسب . على
 أن هذا الخطر يتضاءل ، إذا قيس بمماراته الحكومة من علاج لدفعه ، وهو
 تقرير عدم قابلية الأملاك الخاصة للتملك بالتقادم ، وما ينجم عن ذلك من
 ترعزع فى المعاملات وعدم استقرار فى الملكية . ذلك بأن الحكومة ، إذا تعرضت
 فى أملاكها الخاصة لبعض ضروب من الغصب تحرمها مع تطاول الزمن من
 بعض هذه الأملاك ، يجب أن تعلم أن تعامل الناس فى هذه الأملاك الخاصة

= التقنين المدنى السورى م ١٠٠٢ : لا يكتسب بالتقادم أى حق على العقارات الوقفية
 المستقلة . مجداً أو كنيسة أو كناساً أو مستشفيات أو مهاداً تعليمياً أو المخصصة لاستعمال العموم .
التقنين المدنى الليبى م ٩٧٤ : فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة بالتقادم
 إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية البناني لا مقابل .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٨ .

لا يستقر ولا يؤمن جانبه إلا إذا أحيط بسياج من قابلية الملك الخاص لتمتلك بالتقادم ، فعند ذلك فقط يستطيع من يتعامل مع الحائز الذى دامت حيازته خمس عشرة سنة أن يطعن إلى هذا التعامل ، حتى لو ثبت بعد ذلك أن الملك الذى تعامل فيه مع الحائز هو ملك خاص للدولة . وعلى الحكومة ، من جانبها ، أن تحكم طرق الرقابة والإشراف على أملاكها الخاصة ، حتى تقلل من فرص الاعتداء على هذه الأملاك إلى أدنى حد ممكن .

ومهما يكن من أمر ، فقد انخرفت الحكومة عن القاعدة الهامة التى تقضى بقابلية الملك الخاص لتمتلك بالتقادم ، وقررت بتشريع خاص أن الأشياء الخاصة المملوكة لها لا يجوز تملكها بالتقادم (القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) (١) . وكما لا يجوز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عيني عليه ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازى (٢) . ويلاحظ - كما سبق أن قررنا فى الجزء الثامن من الوسيط (٣) - أن أملاك الدولة الخاصة التى تم كسب الأفراد لها بالتقادم قبل نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تبقى مملوكة لمن كسبها بالتقادم (٤) ، إذ ليس للقانون سالف الذكر أثر رجعى . أما إذا كان هناك ملك خاص للدولة فى حيازة أحد الأفراد ولم يكن قد مضى على حيازته له وقت نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ خمس عشرة سنة كاملة ، فإن الحائز لا يستطيع كسب هذا الملك الخاص بالتقادم ، حتى لو أتم بعد نفاذ هذا القانون مدة خمس عشرة سنة وهو حائز للملك .

(١) وقيل فى المذكرة التفسيرية لهذا التشريع ، تبريراً لهذا الحكم الجديد ، إن الشارع أراد به أن يحصى الأملاك الخاصة للدولة حتى تكون فى مأمن من تملكها بالتقادم ، لأنه مهما أحسكت الرقابة والإشراف عليها فإن ذلك لن يمنع من تملكها بهذا الطريق .
(٢) وإذا حاز شخص مالا وادعى أنه تملكه بالتقادم ، ف عليه هو إذا كان مدعياً أن يثبت التملك بالتقادم بجميع شروطه . ومتى أثبت ذلك ، كان على الحكومة أن تثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا المال ، بالرغم من توافر شروط التملك بالتقادم فيه ، هو من أملاكها الخاصة ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم .

وكون المال الخاص المملوك للدولة أصبح غير قابل للتملك بالتقادم لا يمنع من بقاء انقضاء العادى - لا انقضاء الإدارى - مختصاً بالنظر فى وجوه النزاع فيه بين الدولة والأفراد .

(٣) جزء ٨ فقرة ٨٨ .

(٤) نقض مدنى ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١ .

ولم تقف حماية الأموال الخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص العامة الأخرى عند هذا الحد . فقد كان الأصل في هذه الأموال الخاصة انه إذا وقع اعتداء عليها ، لم يكن للحكومة أن تنتصف بنفسها لنفسها ، وأن تلجأ إلى الطرق الإدارية لإزالة هذا الاعتداء كما تلجأ إلى هذه الطرق لإزالة الاعتداء على الأموال العامة . بل كان الواجب أن تلجأ إلى القضاء العادى تطلب دفع هذا لاعتداء ، شأن الحكومة في ذلك شأن الأفراد في دفع الاعتداء عن أموالهم الخاصة . ولكن صدر القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، يسغ على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة ولغيرها من الأشخاص العامة حماية أخرى ، فوق الحماية التي أضفاها عليها القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بجعلها غير قابلة للتملك بالتقادم . فقد نص القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ على عدم جواز التعدى على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وأضاف ما يأتي : « وفي حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » . وهذه ميزة أخرى للأموال الخاصة . فقد قدمنا أن الأصل أن الحكومة ليس لها أن تلجأ إلى الطرق الإدارية إلا لإزالة الاعتداء على الملك العام ، أما الملك الخاص إذا اعتدى أحد عليه فانه طبقا للقواعد العامة لا يجوز للحكومة أن تزيل الاعتداء عليه بالطرق الإدارية ، بل عليها أن تلجأ إلى القضاء العادى في ذلك . وقد تغير الموقف بعد هذا التعديل الأخير ، وأصبح الملك الخاص كالملك العام في جواز دفع الاعتداء عليه بالطرق الإدارية دون الالتجاء إلى القضاء . فاذا حاز شخص عينا ، وادعت الحكومة أن هذه العين هي من أملاكها الخاصة ، كان لها ، دون أن تلجأ إلى القضاء ، أن تنتزع العين من يد حائزها بالطرق الإدارية ، والحائز هو الذى يلجأ إلى القضاء بعد انتزاع العين من يده (١) .

٣٧٦ - الوقف : كانت المادة ٩٧٠ مدنى ، قبل تعديلها بالقانونين رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ورقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، تجرى على الوجه الآتى : « في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة » . وكان الوقف ، الأهلى والخيرى

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٨٨ .

على السواء ، قائماً لم يبلغ وقت نفاذ التقنين الماني الجديد في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فكانت الأعيان الموقوفة وقفاً أهلياً أو وقفاً خيرياً ، طبقاً للمادة ٩٧٠ مدني سالفه الذكر قبل تعديلها ، قابلة للتملك بالتقادم المكسب ، ولكن مدة هذا التقادم ، بدلاً من أن تكون خمس عشرة سنة كما هي القاعدة العامة ، كانت ثلاثاً وثلاثين سنة^(١) . وقد أطيّلت مدة التقادم المكسب على هذا النحو حماية للوقف ،

(١) أما في التقنين المدني السابق فلم يكن يوجد نص بمائل نص المادة ٩٧٠ من التقنين المدني الجديد . فذهب رأى إلى عدم جواز كسب ملكية العين الموقوفة بالتقادم (استئناف وطني ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص ٩٧ - ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء د ص ٧ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٩ ص ٢١١) - وذهب رأى ثانٍ إلى جواز كسب ملكية العين الموقوفة بمدة التقادم المادي ، خمس عشر سنة أو خمس سنوات (استئناف وطني ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٩٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٩٨) . وذهب رأى ثالث إلى جواز كسب ملكية العين الموقوفة ، على أن تكون مدة التقادم ثلاثاً وثلاثين سنة أخذاً بالمدة المقررة لعدم سماع دعوى التوقف في الشريعة الإسلامية (استئناف وطني ٢٦ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ١٣٣ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٩ ص ٢١١ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٥ ص ٣٣٣ - ٨ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٢ ص ٤٧ - ١١ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٥٤ ص ٨٩ - ٧ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٢ ص ٢٩ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥) .

وقد أخذت محكمة استئناف مصر بدلائلها المجتمعة بهذا الرأي الأخير ، وقالت في حكمها إنه ليس للقضاء الوطني أن يحتذى ما ورد باللائحة الشرعية حرفياً فيحكم بعدم سماع دعوى الوقف بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة ، بل عليه أن يعتبر المدة قفصاً ، ثم يجعلها مدة كسب الحق بوضع اليد على مطلق للمقاعدة المقررة في المادة ٧٦ من القانون المدني (السابق) ، حتى يتيسر بذلك لواقع اليد أن يطلب تثبيت ملكيته وأن يجبه المحكمة لهذا الطلب (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٣ ص ٩٥٥) . وأقرت محكمة النقض بعد ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر بدلائلها المجتمعة ، وقال إن ملكية الوقف لا تسقط الدعوى بها بمجرد الإهمال فقط مدة ٣٣ سنة ، بل إنها تستمر حاصلة لجهة الوقف ما لم يكسبها أحد بوضع يده ثلاثاً وثلاثين سنة وضماً مستوفياً جميع اشتراطات المقررة قانوناً لكسب ملكية العقار بوضع اليد (نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٩١ ص ٢٢٦ - ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص ١٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ ص ١٠٩٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ - أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ ص ٥٧٢ . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد قضت بأن الوقف لا يقبل =

واقتراساً من المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي كانت تقضى بعدم جواز سماع دعوى الوقف بعد ثلاث وثلاثين سنة مع الإنكار للحق في هذه المدة وتمكن المدعى من رفع الدعوى وعدم العذر الشرعى (١) . وكان التقادم في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أقرب إلى التقادم المسقط ، إذ أن أثره لم يكن تملك الوقف بالتقادم المكسب بل عدم جواز سماع الدعوى وفقاً لما هو مقرر في الفقه الإسلامى .

وبعد أن ألغى الوقف الأهلى في سنة ١٩٥٢ ، لم يبق هناك مجال لتطبيق المادة ٩٧٠ مدنى سالفة الذكر إلا على الوقف الخبرى الذى بقى قائماً ، فأصبحت

التملك بالتقادم لأنه لا يجوز التصرف فيه ، غير أنه يجوز الدفع بعدم جواز سماع الدعوى إذا تركت دعوى الوقف مدة ٢٣ سنة مع إنكار الحائز للوقف (استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٠٢ - ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٠٠ - ٢٠ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٢ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٠ - أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٥) .

وقد قنن التقنين المدنى الجديد قضاء محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة الذى أقرته محكمة النقض ، وقد كانت القضاء المذكور يلفق بين حكم لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فيأخذ منها مدة الثلاث وثلاثين سنة وبين حكم القانون المدنى يأخذ منه أن التقادم يكسب ويقتضى حيازة تدوم ثلاثاً وثلاثين سنة . وهذا التلفيق كان يعوزه نص تشريعى ، فأوجد التقنين المدنى الجديد هذا النص .

ولا يجوز لمن كانت حيازة عرضية أن يملك الوقف بالتقادم ، فلا يجوز للواقف ولانظر الوقف أو المستأجر أو المحتكر أن يملك بذلك (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٢ ص ٦١٦ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ ص ١٠٩٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٤ ص ١٥١ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٠ ص ٣٢٧ - ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٥٢) ، وذلك ما لم تتغير صفة الحيازة تنيراً يزيل عنها صفة الوقفية ، ويكون ذلك إما بفعل الغير أو بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق المالك ، فإن الحائز في هذه الحالة ولو كان واقفاً أو ناظراً على الوقف يستطيع أن يكسب بالتقادم المال الموقوف ، متى توافرت لديه شروط وضع اليد المكسب للملكية ودامت حيازته له مدة ثلاث وثلاثين سنة (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩) . وانظر نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص ٨٤ (وضع يد المحتكر وورثته من بعده على الوقف هو وضع يد موقت لا يكسبه ملكية الوقف) .

الأعيان الموقوفة وقفا خيريا يجوز تملكها بالتقادم المكسب إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

ولكن هذا الحكم لم يدم طويلا ، فقد صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، كما رأينا ، يقضى بعدم جواز تملك أموال الأوقاف الخيرية بالتقادم . وأصبحت الأموال الموقوفة وقفا خيريا شأنها في هذا الصدد شأن الأموال الخاصة المملوكة للدولة ، كلا النوعين من المال لا يجوز تملكه بالتقادم بموجب نفس القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ . وكما لا يجوز تملك الوقف الخيري بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عيني عليه كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازي . وقد كان من الحائز الاكتفاء بالحلول التقليدية المقررة في هذا الشأن وجعل المال الموقوف وقفا خيريا قابلا ككل مال آخر للتملك بالتقادم ، مع إطالة مدة التقادم إلى ثلاث وثلاثين سنة كحماية خاصة للوقف . ولكن المشرع المصري لم يرد أن يقف عند هذا الحد ، وكما جعل المال الخاص المملوك دولة غير قابل للتملك بالتقادم ، جعل أيضا غير قابل للتملك بالتقادم المال الموقوف وقفا خيريا . وبذلك أخذت الاستثناءات من القاعدة الجوهرية التي تقضى بجواز التملك بالتقادم تتكاثر ، ورجع القانون القهقري خطوات إلى الوراء في هذه المسألة الهامة .

ومهما يكن من أمر ، فإن الوقف الخيري الذي تم كسبه بالتقادم قبل نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ يبقى على ملك من كسبه بالتقادم ، دون أن يكون للقانون سالف الذكر أثر رجعي . أما الوقف الخيري الذي يكون في حيازة شخص وقت نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ولم يكن قد انقضى على حيازته مدة ثلاث وثلاثين سنة ، فإنه لا يجوز تملكه بالتقادم ، ولو تمت مدة الثلاث والثلاثين سنة بعد نفاذ هذا القانون .

ويبدو أن الحماية الإضافية ، التي أسبغها القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة من جواز دفع الاعتداء عنها بالطرق الإدارية ، لا تتناول الوقف الخيري ، وذلك بالرغم من غموض النص . فإن الالتجاء للطرق الإدارية هو حق خاص بجهة الإدارة ، فلا يجوز أن يمتد إلى ناظر الوقف الخيري ولو كان هذا الناظر هو وزارة الأوقاف . هذا إلى أن جواز الالتجاء للطرق الإدارية دون القضاء هو حق استثنائي ضيق ، يجب عند غموض النص عدم التوسع في تفسيره .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧٠ مدنى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وليس للوقف أن يكسب حقاً بالتقادم » . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه الفقرة ما يأتى . « ولا يملك الوقف بالتقادم ، لأنه يشترط فى إنشائه أن يكون بحجة شرعية » (١) ولكن هذه الفقرة حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ « لترك الأمر للقضاة ليتصرفوا حسب القواعد العامة » (٢) . وقد كان القضاء غير مستقر فى هذه المسألة ، فمن الأحكام ما قضى بجواز أن يملك الوقف عيناً يحوزها بالتقادم العادى فتصبح العين موقوفة (٣) ، ولكن كثيراً من الأحكام كان يقضى على العكس من ذلك بأن الوقف لا يملك عيناً بالتقادم فتصبح وقفاً لأن صفة الوقف لا تثبت للأعيان إلا بحجة شرعية بعد استيفاء إجراءات خاصة ، ولأن الذى يضع يده هو ناظر الوقف وليس الوقف كشخص معنوى (٤) . على أن محكمة النقض حسمت هذا الخلاف ، واستقر قضاؤها على أن للوقف أن يملك بالتقادم بحكم كونه شخصاً معنوياً له أن ينتفع بأحكام القانون فى خصوص التقادم المكسب للملك ، إذ ليس فى القانون ما يحرمه من ذلك (٥) . وعلى ذلك يجوز للوقف الخيرى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٢) انظرة آنفاً ص ٩٩٩ هامش ١ .

(٣) استئناف وطنى ١٠ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة للرسية ١٥ رقم ٨٥ ص ١٦٦ -

استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥١ .

(٤) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٩ ص ٦٢٥ - ٣١ مارس

سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ٣٧٢ ص ٧٥١ - طنطا الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ . المحاماة

١٠ رقم ٢٣٥ ص ٤٦٤ - استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦ - ٢٦ يناير

سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٤٤ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٥ - ١١ يوليى سنة ١٩٣٦ م

١ : ص ٢١٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن للوقف بصفته شخصاً معنوياً أن يملك

بستخدام كثيره من الأشخاص ، والقول بأن العين لا يصح اعتبارها موقوفة إلا إذا حرر بوقفها

إشهاد شرعى لا محل للتحدى به إلا عند قيام نزاع فى وقف العين المدعى بها وإنكار الوقف من

واضع اليد عليها (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٤ ص ٥٧٤) .

وقضت أيضاً بأن الوقف ، بحكم كونه شخصاً اعتبارياً ، له أن ينتفع بأحكام القانون المدنى فى

خصوص التقادم المكسب للملك ، إذ ليس فى هذا القانون ما يحرمه من ذلك . وإذا كان التقادم

المكسب هو فى حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد ، كان توافر هذه

القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلاً على أن العين التى تحت يدها موقوفة وقفاً صحيحاً ولو لم يحصل

أن يضع يده على عين مملوكة مدة خمس عشرة سنة أو مدة خمس سنوات بحسب الأحوال . فيتملكها الوقف وتصبح عيناً موقوفة .

٣٧٧ - من المرسى : رأينا (١) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٠ مدني بعد تعديلها تجرى على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » . وهذا النص يستوقف النظر ، وكان يستوقف النظر أيضاً قبل تعديل المادة ٩٧٠ مدني ، فقد كانت هذه المادة قبل التعديل تجرى على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

أما أن الأموال الموقوفة تكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة فأمر لا يستعصى على القواعد العامة ، ويمكن أن يحوز شخص عيناً موقوفة وتندوم حيازته لها مدة ثلاث وثلاثين سنة حتى يمكن القول طبقاً للمادة ٩٧٠ مدني سالفة الذكر (قبل التعديل) إن الحائز قد تملك العين الموقوفة بالتقادم المكسب . وليس في هذا القول خروج على طبيعة الأشياء ، وكل ما فيه أن المشرع هنا قد نقل قاعدة عن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٧٥) بعد تحويرها تحويراً قلب به التقادم المسقط (أو عدم جواز سماع الدعوى) إلى تقادم مكسب . فقد كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تجعل الوقف يكسب بالتقادم ولا تعطى دعوى استحقاق لمن حاز عيناً موقوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ولكن تقتصر على إعطاء الحائز دعواً لا دعوى ، وهذا الدفع أقرب إلى أن يكون دعواً بالتقادم المسقط إذ أنه دفع بعدم جواز سماع الدعوى . فكان ناظر الوقف إذا طالب بعين موقوفة بعد ثلاث وثلاثين سنة

به إشهاد (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠٣ ص ٧٩٦ .

وانظر في المعنى الذي ذهب إليه محكمة النقض من أنه يجوز للوقف أن يكسب عقاراً بالتقادم فيصبح المقاروقاً بدون حجة شرعية : محمد علي عرفه فقرة ١٤٠ - ص ٢٥٣ ص ٢٥٤ - عبد المنعم البدر أرى فقرة ٥١٧ ص ٥٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨١ - وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز للوقف أن يملك عقاراً بالتقادم وأن المقار لا يصح وفقاً دون حجة شرعية ؛ محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٣٦٩ - شفيق شحانه فقرة ٢٨٢ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٧٥ .

لا نسمع دعواه ، وتضيع هذه العين على الوقف لا لأنها كسبت بالتقادم ، بل لأن الدعوى بالمطالبة بها لا يجوز سماعها . فترك المشرع فكرة عدم جواز سماع الدعوى ، أى ما يعادل التقادم المسقط ، إلى فكرة التقادم المكسب . وأعطى لمن حاز العين الموقوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة دعوى استحقاق إذ جعله يملك العين الموقوفة بالتقادم المكسب ، ولم يقتصر على إعطائه مجرد دفع بعدم جواز سماع الدعوى . وهذا القدر من التحويل يملكه المشرع لأنه لا يستعصى على قواعد الحيابة والتقادم المكسب ، إذ العين الموقوفة لاشك في إمكان حيابتها وإن كانت غير قابلة للتصرف فيها ، ففى حازها شخص ودامت حيابته لها مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ساغ للمشرع أن يقرر أن الحيابة لهذه المدة الطويلة تكسب الحائز ملكية العين الموقوفة .

والأمر جد مختلف بالنسبة إلى حق الإرث ، فالوارث إنما يضع يده على التركة وهى مجموع من المال (universalité) ، والمجموع من المال لا يقبل الحيابة (١) . وليست التركة كالعين الموقوفة ، إذ التركة لا تقبل الحيابة كما قدمنا ، أما العين الموقوفة فتقبل الحيابة . لذلك من انتقال المشرع فى العين الموقوفة من التقادم المسقط (أو عدم جواز الدعوى) إلى التقادم المكسب أمراً مستساغاً ، ما دامت العين الموقوفة قبل الحيابة ، فجعلت حيابتها مدة ثلاث وثلاثين سنة سبباً لكسب ملكيتها . أما انتقال المشرع فى حق الإرث من التقادم المسقط إلى التقادم المكسب ، على الوجه الذى سار عليه فى العين الموقوفة ، فأمر غير مستساغ . إذ التركة مجموع من المال لا يقبل الحيابة ، فقول المشرع إن حق الإرث يكسب بالتقادم إذا دامت الحيابة مدة ثلاث وثلاثين سنة قول يخالف القواعد الأساسية فى الحيابة ولا يمكن التسليم به . والواجب أن يقال إن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط أى لا يجوز سماع الدعوى فيه ، لا أن يقال إن حق الإرث يكسب بالتقادم المكسب . وعلى ذلك يجب أن ينتقل الكلام فى حق الإرث من التقادم المكسب إلى التقادم المسقط (٢) . ويؤيد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٢ .

(٢) وهذا ما كان يجرى عليه القضاء فى عهد الثنتين المدنى السابق (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ - ١٦٩ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ - ٣١٠ - محمد كامل مرسي)

التمهيدى ، فهي قد أبرزت هذا الخطأ إذ تقول : « أما دعوى الإرث فهي تسقط بثلاث وثلاثين سنة ، والتقادم هنا مستط لا مكسب ، لذلك يجب حذف حقوق الإوثة من المادة ١٤٢١ (م ٩٧٠ مدني) وجعل الكلام عنها في التقادم المسقط » (١) ولكن هذه الإشارة في المذكرة الإيضاحية التي كان من شأنها وضع المسألة في وضعها الصحيح لم تنفذ ، وبقي حق الإرث مذكوراً في التقادم المكسب على أنه يجوز تملكه بهذا التقادم بعد حيازة تدوم ثلاثاً وثلاثين سنة . من أجل كل ذلك نميل إلى القول بأن الفقه والقضاء يجب عليهما تصحيح هذا الخطأ غير المقصود في التشريع ، والذي نهت المذكرة الإيضاحية إلى وجوب تصحيحه ولكنه لم يصحح طوال المراحل التشريعية التي سار فيها النص . ويترتب على ذلك وجوب القول بأن حق الإرث لا يكسب بالتقادم لأنه غير قابل للحيازة ، وإنما تكسب أعيان التركة ، كل عين على حدة ، بالتقادم المكسب ، إذا حاز العين حائز وانقضى على حيازته لها خمس عشرة سنة ، لا ثلاث وثلاثون سنة .

ولكن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط ، أو بعدم جواز الدعوى . فإذا سكنت الوارث ، مع التمكن ودون عذر شرعي ، عن مطالبة سائر الورثة بحقه في الإرث مدة ثلاث وثلاثين سنة (٢) ثم رفع دعوى المطالبة

٤ (ققرة ٢٧١) - أما إذا قام النزاع لا على حق الإرث ، ولكن على ملكية عين بالذات داخلة في التركة ، فإن الحائز لهذه العين ، ولو كان وارثاً آخر ، وتسلكت بالتقادم المكسب العادي (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٤ ص ٢٦٧ - استئناف وطني ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٠ ص ١٥٧ - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣ - استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١ . ٢٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٠ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٠ - ٨ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٢) وقد كان هناك خلاف في الرأي في عهد التقنين المدني السابق فيما يتعلق بمدة التقادم . فرأى كان يذهب إلى أن هذه المدة ثلاث وثلاثون سنة تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (استئناف وطني ٤ يناير سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص ٥٣ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٢٧٣ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٠ الحاكم ١١ ص ٢٢١٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣) . ورأى آخر كان يذهب إلى أن المدة هي خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم العادي (استئناف وطني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦ ص ٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٠ ص ١٥٧) .

بالإرث بعد ذلك ، فإن أقر له الورثة بحقه ، قضى له به وسلم نصيبه في التركة .
أما إذا أنكرت الورثة عليه حقه ، ودفعوا دعواه بعدم جواز سماعها أو
يسقطها بالتقادم ، قضى بعدم جواز سماع دعواه (١) . وفي هذه الحالة
الأخيرة يبقى سائر الورثة وورثتهم من بعدهم على ما كانوا عليه من حيازة
أعيان التركة ، كل بقدر نصيبه . وإذا كان في يد أحدهم جزء من نصيب
للوارث الذي قضى بعدم جواز سماع دعواه ، فإنه لا يملك هذا الجزء
بالتقادم المكسب ، وإنما قضى له بعدم جواز سماع الدعوى فيه ، فبقى في
يده على هذا الأساس (٢) .

٣٧٨ - موضوع الحق الذي يكسب بالتقادم حيازة مستوفية لعنصرها

وهالكة من العيوب : ويجب أن يخضع الحق الذي يكسب بالتقادم خضوعاً
فعلياً لحيازة مستوفية لعنصرها المادي والمعنوي . فالسيطرة المادية وحدها ،
وهي العنصر المادي ، لا تكفي ، بل يجب أن تقترن بالعنصر المعنوي . وإذا
اقتصرتنا على حق الملكية في العقار أو في المنقول ، فإنه يجب أن يحوز الشخص
العقار أو المنقول حيازة مادية مقترنة بنية أنه يحوزه لحساب نفسه باعتبار أنه
مالك . أما الحيازة العرضية ، وهي الحيازة المادية المجردة من العنصر
المعنوي أو الحيازة لحساب الغير ، فإنها لا تكفي في تملك العقار أو المنقول

(١) أنظر من هذا الرأي محمد كامل مرسي ؛ فترة ٣٧٢ - إسماعيل غانم ص ١٢٥ -

عبد المنعم فرج الصدة فترة ٣٨٠ - منصور مصطفى منصور فترة ١٧٤ ص ٤٠٦ - وقرب

عبد المنعم البدر اوى فترة ٥١٦ . وقارن محمد على عرفه ٢ فترة ١٤٧ - شقيق شحاتة فترة ٢٨٧ .

(٢) أما إذا وضع وارث يده على عين بالذات من أعيان التركة باعتبار مالكاً لها لا عن طريق

الإرث . فإنه يملك هذه العين إذا دامت حيازته لها مدة خمس عشرة سنة (لامدة ثلاث وثلاثين سنة)

بالتقادم المكسب ، ولو أنه تبين بعد ذلك أن الوارث الذي قضى بعدم جواز سماع دعواه بند

ثلاث وثلاثين سنة كان يملك جزءاً شائعاً من هذه العين يحكم أنه أحد الورثة وله نصيب شائع فيها .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدفع بعدم جواز سماع الدعوى الذي يمنع المحاكم من سماع

نصايا التركات بعد مضي ٣٣ سنة عليها لا يترتب عليه أدنى تأثير فيما يتعلق بالدفع بالتكسب بمضي

المدة الذي يتسبب به من وضع يده مدة ١٥ سنة على عين من أعيان التركة (استئناف وطني ٣٠

مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣) . وانظر أيضاً استئناف وطني

١٩ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٨٩٧ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ - مصر ٢٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق

٧ ص ٣٠٧ - ٢١ يونيو سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٤ ص ١٢٣ .

بالتقادم المكسب (١) : وإذا أراد الحائز العرضي الذي يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه أن يغير صفة هذه الحيازة العرضية وأن يحولها إلى حيازة أصلية لحساب نفسه بحيث يستطيع أن يملك العقار أو المنقول بالتقادم المكسب عن طريق هذه الحيازة ، فلا يكفي في ذلك تغيير نيته وتصريحه بأنه أصبح يحوز العقار أو المنقول لحساب نفسه لا لحساب غيره . بل يجب عليه أن يلجأ في ذلك إلى إحدى الطريقتين اللتين عينهما القانون لهذا الغرض ، إما بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر منه هو يعارض به حق المالك ويجابه ، وقد بينا ذلك تفصيلاً فيما تقدم (٢) .

ويجب ، فوق استيفاء الحيازة لعنصرها ، أن تكون خالية من العيوب ، حتى يمكن أنه تؤدي إلى التملك بالتقادم . فالحيازة المعيبة لا تؤدي إلى التملك بالتقادم ، ما دام العيب ملابساً لها . وقد فصلنا فيما تقدم عيوب الحيازة ، وذكرنا أن هذه العيوب أربعة ، هي عدم الاستمرار والخفاء (٣) وعدم الهدوء والغموض (٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد أوضحت في أسباب حكمها أنه لم تكن لدى الحيازة ولا لمورثه حيازة مقترنة بنية التملك ، مستندة فيما استندت إليه إلى أن المورث كان يستأجر أرض النزاع ، فإن في هذا ما يعتبر رداً ضريبياً على ما يتسك به مدعي الحيازة من تملكه تلك الأرض بالتقادم الطويل والتقادم القصير مع السبب الصحيح وحسن النية (نقض مدني ٢٤ يولييه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٢٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) وقل أن تكون حيازة المنقول بسوء نية خالية من عيب الخفاء ، فإن الحائز يحاول عادة إخفاء المنقول عن عين صاحبه ، ويسعى في ذلك أن المنقول سهل الإخفاء في أغلب الأحوال . وعلى ذلك لا تنتج الحيازة بسوء نية أثرها في تملك المنقول ، ولو دامت هذه الحيازة خمس عشرة سنة ما دامت حيازة خفية (مازو فقرة ١٥١٦ ص ١٢٢٠) . وتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل نادر الحصول على كل حال ، ليس فحسب لأن الحيازة يشوبها عادة عيب الخفاء ، بل أيضاً لأن المنقول بخلاف العقار لا يقوى على البقاء مدة طويلة في أغلب الأحيان .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ - فقرة ٢٨٧ - وقد بينا أن عيب عدم الاستمرار هو عيب مطلق ، لكل ذي مصلحة أن يتسك به ، وأنه إذا زال وتحولت الحيازة إلى حيازة مستمرة خلت الحيازة من العيب ، ومنذ خلوها منه يمكن أن تؤدي إلى التقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧) . أما عيب الخفاء فهو عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من أخفيت عنه الحيازة . فإذا زال وظهرت الحيازة وعلم بها المالك أو استطاع أن يعلم بها أصبحت الحيازة خالية من عيب الخفاء ، وصارت صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٩٠ - فقرة ٢٨١) . وكذلك عيب عدم -

ونرى من ذلك أن العقار أو المنقول المراد تملكه بالتقادم المكسب يجب أن يحوزه الشخص حيازة مستوفية لعنصرها وخالية من العيوب . ثم يجب فوق ذلك أن تدوم هذه الحيازة على النحو المتقدم الذكر مدة خمس عشرة سنة كاملة ، وهي المدة اللازمة التي عينها القانون لاكتمال التقادم ، أى مدة التقادم المكسب الطويل (١) ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

§ ٢ - مدة التقادم المكسب الطويل

٣٧٩- المائل الواجب بمسرها : مدة التقادم المكسب الطويل هي كما قدمنا خمس عشرة سنة ، ولا يجوز الاتفاق على تعديلها . ويقتضى الأمر أن

المهلوس عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الإكراه ، فإذا زال بانقطاع الإكراه هدوء الحيازة ، أصبحت الحيازة خالية من العيوب وصارت صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٤) . والنموض أيضاً عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من التمس عليه الأمر ، فإذا زال بانتفاء اللبس ، أصبحت الحيازة خالية من العيب صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٦ - فقرة ٢٨٧) .

(١) وحيازة الشخص للعين حيازة مستوفية لعنصرها وخالية من العيوب المدة اللازمة لتقادم مى من مسائل الواقع التي تترك لتقدير قاضى الموضوع ، وهذا كله أمر ماضى يجوز إثباته بجميع الطرق وتدخل في ذلك البينة والقرائن - أنظر نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٦ رقم ٧٩ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٧ رقم ٨٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٧ رقم ٨٦ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٩ رقم ٩٩ - ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٦ رقم ٧٣ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣ ص ٢١ - ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٦ ص ٢٣٨ - ١٠ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٣ ص ٨٣٥ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٣٦ ص ١٩٩ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٣٠٢ ص ٦٨٩ - ١٩ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٥ رقم ٧٠ - ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٩ - ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٠ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٧ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٨ رقم ٩٥ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١٨٤ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١ - ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢ ص ١١١ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٥٧ ص ١٠٠١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٠ ص ٤٣٤ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٩ ص ٩٣٨ .

نبحث في هذا الصدد كيفية حساب هذه المدة ، وبدء سريانها ، والقرينة على قيام الحيازة ما بين بدء مدة التقادم ونهايتها ، وضم المدد في حالة تعاقب الحائزين .

٣٨٠ - مقدار مدة المكسب الطويل خمس عشرة سنة ولا يجوز

الاتفاق على تعديلها : رأينا (١) أن المادة ٩٦٨ مدني تنص على أن « من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقاً حيازياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به . كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » : فمدة التقادم المكسب الطويل هي إذن ، كما تبين من هذا النص ، خمس عشرة سنة كاملة .

وهذه المدة تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على تعديلها ، لا عن طريق إطالتها ولا عن طريق تقصيرها . وقد رأينا (٢) أن المادة ٩٧٣ مدني تقضي بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالاتفاق على تعديل المدة ، فوجب الرجوع في هذا الشأن إلى المادة ٣٨٨ / ١ مدني ، وهي تنص على أنه : « لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون » . فلا يجوز إذن الاتفاق بين الحائز والمالك (٣) على أن تكون مدة التقادم المكسب الطويل أكثر من خمس عشرة سنة ، كما

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٧١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٣) يصعب تصور مثل هذا الاتفاق عملاً ، فالحائز إنما يجوز عيناً مملوكة لغيره بنية تملكها ، فكيف يتأتى أن يتفق مع المالك الذي اغتصب منه العين على أن تكون مدة التقادم أطول أو أقصر من خمس عشرة سنة . وكان يمكن القول إن قاطعة عدم جواز الاتفاق على مدة غير التي عينها القانون للتقادم إنما هي قاعدة تنفق مع طبيعة التقادم المسقط وتستلزم على طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم لا مجال لتطبيقها على التقادم المكسب - على أنه من الممكن أن ننصو ، وإن كان ذلك فرضاً بعيد الوقوع ، أن المؤجر اتفق مع المستأجر على أنه في حالة تغيير المستأجر صفة حيازته وتحويلها إلى حيازة أصيلة ، تكون مدة التقادم عشرين سنة مثلاً ، فيكون هذا الاتفاق باطلاً ، كما يكون باطلاً الاتفاق على النزول أصلاً عن التقادم في مثل هذا الفرض (كولان وكابيتان ودي لاموراندوير ١ فقرة ١١٩٥ ص ٩٧٤) .

لا يجوز الاتفاق على أن تكون أقصر من خمس عشرة سنة ، بل ينحتم أن تكون المدة خمس عشرة سنة لا تزيد ولا تنقص (١) .

ويحرم القضاء الفرنسي الاتفاق على إطالة مدة التقادم ، إذ قد يكون وسيلة إلى النزول عن التقادم قبل أن يتم ، كما إذا اتفق الطرفان على إطالة مدة التقادم إلى خمسين سنة مثلاً أو إلى مائة ، فيكون هذا بمثابة النزول مقدماً عن التقادم من الناحية العملية . ولكن القضاء الفرنسي يحجز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بشرط أن تكون المدة المتفق عليها كافية لمطالبة المالك بحقه ، فلا تكون قصيرة إلى حد لا يمكنه من ذلك عملياً . أما التقنين المدني المصري الجديد فقد أتى ، كما رأينا ، بنص صريح في المسألة . فقضى في المادة ١/٣٨٨ مدني كما مر القول بتحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها ، واعتبر مدة التقادم ، التي حددها القانون بخمس عشرة سنة في التقادم المكسب الطويل ، ملزمة للطرفين فلا يجوز لهما أن يتفقا على تعديلها . فتكون مدة التقادم إذن من النظام العام ، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشئة الأفراد . ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم المكسب الطويل ، وهي خمس عشرة سنة ، إلى عشر سنوات أو خمس مثلاً ، لم يعتد بهذا الاتفاق ، بل تكون المدة خمس عشرة سنة كاملة . وإذا اتفق الطرفان على إطالة المدة إلى عشرين سنة مثلاً أو خمس وعشرين ، كان هذا الاتفاق باطلاً ، وتبقى مدة التقادم خمس عشرة سنة كما حددها القانون (٢) .

على أن ما قررناه من عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم المكسب الطويل لا يمنع من أن هذه المدة قد تطول فعلاً بطرق أخرى . فإذا وقف سريان التقادم ، طالبت مدته بمقدار المدة التي وقف فيها عن السريان . وإذا انقطعت مدة التقادم ، طال التقادم بمقدار المدة التي انقطع في آخرها وهي المدة التي أصبحت لا يعتد بها ، وبمقدار المدة التي يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر . وقد تطول المدة على هذا الوجه ، من الناحية العملية ، إلى ثلاثين سنة أو إلى أربعين أو إلى أكثر من ذلك (٣) .

(١) وكذلك لا يجوز الاتفاق على تعديل مدة التقادم المكسب التقصير وهي خمس سنوات ،

فلا يجوز الاتفاق على جعلها مدة أطول ولا على جعلها مدة أقصر .

(٢) أنظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦١٢ وفقرة ٦٥٨ .

(٣) أنظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦٥٩ .

٣٨١ - كيفية حساب مدة التقادم : راجع (١) من المادة ٩٧٣ مدني

تقضى سريان قواعد التقادم المسقط على انتقاده المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، فوجب الرجوع في هذا الشأن إلى المادة ٣٨٠ مدني ، وهي تنص على أن « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات . ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها » . فتحسب إذن مدة التقادم المكسب الطويل ، وهي خمس عشرة سنة كما قدمنا ، بالأيام لا بالساعات . ذلك أننا لو حسبنا المدة بالساعات ، لا تقتضي الأمر أن نعرف في أية ساعة على وجه الدقة بدأ سريان التقادم ، وهذا أمر تتعذر معرفته (٢) . فوجب إذن حساب المدة من يوم إلى يوم ، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالي ، وفقاً للتقويم الميلادي (٣) . ويقتضي هذا عدم حساب اليوم الأول ، لأنه يكون يوماً ناقصاً أو هو جزء من يوم (٤) . فالحساب بالأيام يقتضي إذن إغفال اليوم الناقص ، ثم حساب مدة التقادم يوماً فيوماً ، حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذي تم به عدة التقادم خمس عشرة سنة كاملة ، ولا يتم التقادم إلا عند منتصف هذا الليل . ولذلك تقول المادة ٣٨٠ مدني كما رأينا . « ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » . فإذا بدأ سريان التقادم المكسب الطويل يوم ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ مثلاً ، فإن التقادم يكتمل عند منتصف الليل الذي يفصل ما بين يوم ٥ فبراير سنة ١٩٦٥ و ٦ فبراير سنة ١٩٦٥ (٥) .

ويدخل في الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد ، وإذا كان التقادم لا يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه ، فإنه يقع صحيحاً ما يتخذ من الاجراءات بشأن قطع التقادم في هذا اليوم . فإن كان هذا اليوم الأخير يوماً من أيام الأعياد أو المواسم ، وتعذر اتخاذ إجراء فيه لقطع التقادم ، فإن

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٢) بلا نيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٧٠٨ .

(٣) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١ .

(٤) استئناف غنط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧٨ .

(٥) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٢ ص ٤٤٨ - وأنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٦ -

سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالي أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء ، ولا يكتمل التقادم بانقضاء هذا اليوم دون أن يتخذ المالك إجراء يقطع به سريان التقادم (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص على حساب مدة التقادم بالتقويم الهجرى ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القضاء يحسب مدة التقادم وهى مأخوذة من الشريعة الإسلامية بالتقويم الهجرى (٢) . ولكن التقنين المدنى الجديد حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى ، فوجب الحساب بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام المادة ٣ مدنى وتنص على أن " تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى " ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (٣) .

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٧ - ويذهب أكثر الفقهاء إلى عكس ذلك ، وإلى أن التقادم يكتمل بانقضاء اليوم الأخير ولو كان يوم عطلة (لوران ٣٢ فقرة ٢٥٥ جيوار فقرة ٨٨ - ترولون ٢ فقرة ٨١٦ - أوبرى وروو ٢ فقرة ٢١٢ ص ٤٤٨ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٨٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٧٠٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٥٧ - أنيلكو بيدى دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١٠١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٦٦ ص ٦٩ - شفيق شحاته فقرة ٢٩٠ ص ٢٩٥ - محمد هل مرقه ٢ فقرة ١٤٨ ص ٢٧٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢١) . هذا وقد اعتمدنا حل الرأى الذى نقول به فى المتن على أن التقادم يوقف سريانه بالقوة القاهرة إذا كان آخر يوم فيه هو يوم عطلة ، إذ يتعذر اتخاذ إجراء قضائى فى هذا اليوم لقطع التقادم (أنظر من هذا الرأى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٧ - عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ٣ ص ٢٣٠) .

(٢) استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٢٨ ص ٨٤٩ - ١٦ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٠ ص ٢٧١ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١١٦ ص ٢٣٨ .

(٣) أنظر الوسيط ١٠ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٨ - وقد يقع أن يكون مدة التقادم الطويل قد اكتملت بحسب التقويم الهجرى قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فيتم التقادم ويكسب الحائز ملكية العقار أو المنقول ، حتى لو لم تكن المدة قد اكتملت بحسب التقويم الميلادى . أما إذا كانت مدة التقادم المكسب الطويل لم تكتمل بالتقويم الهجرى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن التقادم يستمر سارياً ، ولكن تحسب المدة من أولها بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد . فلو أن المدة التى انقضت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كانت خمس عشرة سنة هجرية إلا يوماً واحداً ، فإن التقادم فى هذه الحالة يحسب من أوله بالتقويم الميلادى . ويبقى على اكتمال المدة ، لا يوم واحد فحسب ، بل هذا اليوم مضافاً إليه عدد آخر من الأيام هو الفرق ما بين خمس عشرة سنة ميلادية وخمس عشرة سنة هجرية . فتكون المدة الباقية لاكمال التقادم فى الحالة التى نحن بصدددها هى مائة وتسعة وستون يوماً بدلاً من يوم واحد ، إذا حسبنا فى الخمس عشرة سنة ميلادية ثلاث سنوات كسبية على الأقل (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٨) .

٣٨٢- بدء سريان مدة التقادم : وينبني على ما قدمناه أن مدة التقادم يبدأ سريانها من اليوم التالي لليوم الذي بدأت فيه الحيازة ، أى فى منتصف الليل الذى يعقب مباشرة اليوم الذى بدأت فيه الحيازة . فقد قدمنا أن اليوم الذى بدأت فيه الحيازة فعلاً هو بالضرورة يوم ناقص أو هو جزء من يوم ، فلا يحسب Dies a quo non computatur in termino (١) .

٣٨٣- بدء سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط واقف أو المقترة بأجل واقف : فإذا كان الحق محل الحيازة حق ملكية معلقاً على شرط واقف ، وجب تطبيق المادة ٣٨١ مدنى الواردة فى التقادم المسقط ، إذ أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى كما رأينا (٢) بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب بما : أن بحساب المدة ، ويدخل فى حساب المدة تحديد بدء سريانها (٣) . وقد نصت المادة ١/٣٨١ و ٢ فى خصوص التقادم المسقط على أنه ١ - لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء . ٢ - وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل .

فإذا طبقنا هذه الأحكام على التقادم المكسب ، ترتب على ذلك أن المالك تحت شرط واقف لا يسرى فى حقه التقادم المكسب إلا من وقت تحقق الشرط . فقبل تحقق الشرط لم يكن حق المالك نافذاً وإن كان موجوداً ، والعبرة فى بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده (٤) . فإذا باع شخص

(١) بلانيون وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٥ ص ٧٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٣) محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٨ ص ٥٨٨ وهاش ١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١٠ ص ١٠٩ هاش ٢ (ويقتصر على التساؤل دون أن يثبت فى المسألة) .

(٤) الوسيط ٢ فقرة ٦١٦ ص ١٠٦١ - استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ - وعلى ذلك يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط قاسخ ، من وقت وجود الحق لأنه يكون نافذاً من وقت وجوده (أنظر الوسيط ٢ فقرة ٦١٦ ص ١٠٦٢) .

منزلاً لمشتري تحت شرط واقف ، أو أوصى بالمنزل لشخص معلقاً الوصية على شرط واقف ، كان المشتري أو الموصى له مالكاً للمنزل تحت شرط واقف . فإذا وضع الغير يده على المنزل قبل تحقق الشرط الواقف بنية تملكه ، أمكن لواضع اليد أن يملك المنزل بالتقادم المكسب . ولكن بدء سريان التقادم لا يكون من وقت الحيازة ، بل من وقت تحقق الشرط الواقف حيث تكون الملكية نافذة ، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذها (١) .

ومثل الحق المعلق على شرط واقف الحق المقترن بأجل . فإذا كان لشخص حق انتفاع في منزل يوثر إليه بعد انقضاء زمن معين ، كان حق الانتفاع هذا مقترناً بأجل . فإذا وضع شخص يده على حق الانتفاع المؤجل أمكن أن يملكه بالتقادم ، ولكن لا يبدأ سريان التقادم وقت وضع اليد وقبل حلول الأجل ، لأن الحق لم يكن نافذاً في هذا الوقت وإن كان موجوداً . وإنما يبدأ سريان التقادم في الفرض الذي نحن بصدد من وقت حلول الأجل الواقف حيث يصبح حق الانتفاع نافذاً ، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذه (٢) .

(١) كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٩٣ - ولا يقال إن الشرط الواقف إذا تحقق كان لتحقيقه أثر رجعي فيعتبر المالك تحت شرط واقف مالكاً منذ وجود الشرط لا منذ تحققه ، فإن الأثر الرجعي للشرط ليس إلا من قبيل الافتراض أو الهجاز (fiction) وليس للافتراض أو الهجاز قوة الحقيقة ، ومن ثم لا ينفذ حق المالك تحت شرط واقف إلا بتحقيق الشرط ومن وقت تحققه ، والعبارة في بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده . فالقاعدة إذن هي أن يبدأ سريان التقادم من وقت نفاذ الحق ، إذ أن صاحب الحق لم يكن يستطيع المطالبة به قبل استحقاقه . وينبغي أن يكون المالك في خلال مدة التقادم قادراً على المطالبة بحقه ولم يفعل ، فيتقادم الحق جزاء له على إهماله (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٥ ص ١٠٥٩) .

(٢) ويذهب القضاء في فرنسا إلى هذا الرأي ، فلا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط ، وبالنسبة إلى الحق المقترن بأجل واقف إلا من وقت حلول الأجل . وعنده أن التقادم المكسب لا يقوم على الحيازة فحسب ، بل أيضاً على إهمال المالك في المطالبة بحقه ، ولا يكون المالك مهملًا إذا هو لم يطالب بحقه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل إذ أنه كان لا يستطيع المطالبة بحقه في ذلك الوقت . أما القول بأن المالك كان يستطيع ، قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل أن يتخذ إجراءات تحفظية ومنها قطع التقادم ، فيمكن الرد عليه بأن الدائن تحت شرط واقف أو لأجل واقف كان يستطيع هو أيضاً اتخاذ هذه الإجراءات التحفظية ، ومع ذلك فلا نزاع في أن سريان التقادم بالنسبة إليه لا يبدأ -

٣٨٤ - بدء سريان مدة التقادم بالنسبة إلى المحفورة الممنوعة :

قدمنا (١) أن الحق الاحتمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصره الجوهرية ،
والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهرى .
والفرق بين الحق الاحتمالي والحق المعلق على شرط واقف أنه يمكن تصور
قيام الحق المشروط دون الشرط إذ أن الشرط أمر عارض ، أما الحق
الاحتمالي فحق ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملاً
كما سبق القول فلا يمكن تصور قيام هذا الحق الكامل دون استكمال هذا
العنصر الجوهرى . ومن أمثلة الحق الاحتمالي حق الموصى له قبل أن يموت
الموصى ، فلا يكون للموصى له قبل موت الموصى إلا حق احتمالي قد ينقصه

= إلا من وقت تحقق الشرط أو من وقت حلول الأجل . أنظر في هذا المعنى في القضاء
الفرنسى : نقض فرنسى ٤ مايو سنة ١٨٠٦ دال: ٤٦ - ١ - ٢٥٥ - ٢٨ يناير سنة
١٨٦٢ دالوز ٦٢ - ١ - ٨٩ - ٩ يولية سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ٢٤٣ - ٨ يناير
سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ - ١ - ٢٢٤ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩١٥ سيريه ١٩٢٠ - ١ - ٦ .
وقد صدر حكم يقضى بأنه إذا باع صاحب حق الانتفاع العين المنتفع بها ، انتفاعاً ورقبة ،
فإن المشتري يستطيع أن يملك الرقبة بالتقادم ، ويبدأ سريان التقادم من وقت وضع المشتري
يده على العين حتى قبل انقضاء حق الانتفاع (ليموج ١٧ يونيو سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٧ -
٢ - ٣٠١) . وهذا الحكم لا يتعارض مع القضاء السابق ، فإن مالك الرقبة يملكها في الحال
وليس ملكيته مقترنة بأجل هو انقضاء حق الانتفاع ، ومن ثم يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الرقبة
من وقت وضع اليد ، ولا حاجة لتأخير سريانه إلى وقت انقضاء حق الانتفاع (بلايول
وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٧ ص ٧٠٧ - أنيسكلويدي دالوز لفظ Prescription civile فقرة
١٠٩ - محمد على هرفه ٢ فقرة ١٤٨ ص ٢٧٥)

أما الفقه في فرنسا فهو منقسم في هذه المسألة . فهناك رأى يرى انقضاء القضاء الفرنسى فيما ذهب
إليه (بلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٦ ص ٧٠٤ - ص ٧٠٥ - بلايول وريبير
وبولانجي ١ فقرة ٣١٥٤ - بيدان ٤ فقرة ٧٧١ ص ٨٨٥ - ص ٨٥٦ - كولان وكايتان
ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٩٣) . وهناك رأى آخر يعارض انقضاء القضاء الفرنسى ويذهب
إلى أن التقادم يبدأ سريانه ، بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط واقف أو المقترون بأجل واقف ،
من وقت وضع اليد ولا يتأخر بدء السريان إلى وقت تحقق الشرط أو حلول الأجل (أوبرى
ورو ٢ فقرة ٢١٣ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٩٦ وما بعدها .
بفتوار ص ٣٩٩ وما بعدها) . وهناك من الفقهاء من يكتفى بعرض القضاء والفقه في المسألة دون
أن يتخذ موقفاً فيها (مازوفقرة ١٤٩٤ - مارق ورينو فقرة ١٩٢ ص ٢٠٧ كاربونيه ص ٢١٣) .
وانظر في المسألة أنيسكلويدي دالوز لفظ Prescription civile فقرة ١٠٥ - فقرة ١١٠
(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ١٦ .

عنصر من العناصر الجوهرية لتكوينه وهو موت الموصى ، ولا يعتبر هذا الموت شرطاً بل هو عنصر من عناصر الحق . ومن أمثلة الحق الاحتمالي أيضاً حق الموعود له بالبيع ، فهذا الحق لا يوجد ولا يستكمل عناصره الجوهرية إلا إذا أبدى الموعود له رغبته في الشراء ، ولا يعتبر إبداء الرغبة شرطاً بل هو عنصر من عناصر الحق .

وإذا كان الحق المعلق على شرط واقف والحق المقترن بأجل لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليهما إلا من وقت تحقق الشرط أو وقت حلول الأجل ، أى من الوقت الذى يصبح فيه الحق نافذاً ، فأولى أن يكون ذلك بالنسبة إلى الحق الاحتمالي . ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق الاحتمالي إلا من وقت استكمال عناصره الجوهرية ، وصيرورته حقاً موجوداً نافذاً . وعلى ذلك لا يبدأ سريان التقادم في العين الموصى بها بالنسبة إلى الموصى له إلا من وقت موت الموصى ، ففي هذا الوقت فقط يوجد حق الموصى له وينفذ إذ يستكمل عناصره الجوهرية . وكذلك لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى حق الموعود له بالبيع إلا من وقت إبداء رغبته في الشراء ، ففي هذا الوقت فقط يوجد حقه وينفذ باستكمال عناصره الجوهرية (١) .

٣٨٥ - القرينة على قيام الحيابة ما بين مدة التقادم وسريانها -

نصى قانونى : تنص المادة ٩٧١ مدنى على ما يأتى :

« إذا ثبت قيام الحيابة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقيم الدليل على العكس » (٢) . وهذا النص يماثل المادة ٢٢٣٤ من التقنين المدنى الفرنسى ،

(١) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٨ - بلانيول وريير وبولانجييه ١ فقرة ٣١٥٥ - أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١٢ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٤ ص ٢٧٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٨ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - عكس ذلك بودرى وتيسيه فقرة ٤١٤ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ولا يعتبر قيام الحيابة في الحال قرينة على قيامها في وقت سابق ، إلا إذا كان لدى الحائز سند يعطيه الحق في الحيابة . ويمد في هذه الحالة حائزاً من بلد التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٢ . وفي -

وهي تنص على أن « الحائز الحالي الذي يثبت أنه قد حاز في وقت سابق
 يفترض فيه أنه قد حاز في الفترة المتوسطة ما بين الزمنين ، إلا إذا ثبت
 عكس ذلك » . وهذه القاعدة كانت معروفة في القانون الفرنسي القديم ،
 نقلها واضعوا التقنين المدني الفرنسي عن Dunod وهو فقيه معروف من
 فقهاء القانون الفرنسي القديم المتأخرين ، ويعبر عنها بالعبارة اللاتينية الآتية
 (Probatis extremis media praesumuntur)

فيكفي الحائز إذن . ليثبت أن حيازته دامت خمس عشرة سنة وهي
 مدة التقادم المكسب الطويل ، أو دامت خمس سنوات وهي مدة التقادم
 المكسب القصير (١) ، أن يثبت أنه يحوز العين حالا ، وأنه قد حازها بنفسه
 أو بواسطة سلف له في زمن سابق يرجع إلى خمس عشرة سنة أو خمس
 سنوات من قبل . وعند ذلك يقيم القانون قرينة قانونية على أن الحيازة بقيت
 مستمرة في الفترة ما بين الزمنين . أي بقيت مستمرة طوال مدة الخمس
 عشرة سنة أو طوال مدة الخمس السنوات بحسب الأحوال . وعلى ذلك
 يكون الحائز قد أثبت ، بفضل هذه القرينة القانونية ، على أنه بقي حائزاً
 طوال المدة اللازمة للتقادم . ولكن هذه القرينة القانونية قرينة قابلة لإثبات
 العكس ، فيجوز للمالك أن يدحضها بأن يثبت بجميع طرق الإثبات أن

« لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية « اكتفاء بالقواعد العامة في وسائل إثبات الحيازة
 بالقرائن أو الشهود أو السندات » ، فأصبح النص ، تحت رقم ٩٧١ ، مطابقاً لما استقر عليه
 في التقنين المدني الجديد : ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦
 من ٥٠٠-٥٠١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٤٧/٧٨ : من أثبت وضع يده على عقار
 أو حقوق عينية مدة معينة ، وكان واضحاً يده في الحال ، فلتوسط بين المدين يعتبر وضع
 يده ، مالم يثبت مايتنافى ذلك .

(وحكم التقنين المدني السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٩٥ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٩ : إن وضع اليد الثابت وقوعه بزم من معين ،

ووضع اليد الحالي ، يرجحان قيام اليد في الفترة الواقعة بينهما ، مالم يثبت خلاف ذلك .

(وحكم القانون اللبناني يتفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) أو دامت سنة واحدة وهي المدة اللازمة في بعض دعاوى الحيازة .

الحيازة لم تستمر في الفترة ما بين الزمنين بأن انتزعت من الحائز مثلاً أو تخلى عنها ، أو يثبت أن الحيازة وإن استمرت فعلاً في الفترة ما بين الزمنين إلا أنها قد شابها عيب من عيوب الحيازة فجعلها غير صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (١) .

والواجب ، حتى تقوم القرينة القانونية سالفه الذكر ، أن يثبت الحائز أمرين : (١) أنه حائز للعين حالاً ، حيازة مستوفية لجميع شرائطها أي خالية من العيوب ، بأن تكون الحيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة ، واستمرار الحيازة معناه أن تكون الحيازة قد استقرت منتظمة على الوجه المألوف مدة تكفي لاعتبارها مستمرة ، وليس من الضروري أن تكون هذه المدة سنة فآية مدة يمكن أن يستخلص منها استمرار الحيازة وانتظامها تكفي (٢) . ويستطيع الحائز أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات ، بما في ذلك البيئة والقرائن والمعابنة ، لأنه إنما يثبت واقعة مادية . (٢) وأنه قبل خمس عشرة سنة أو قبل خمس سنوات ، كان هو أو سلفه من مورث أو موص أو بائع أو نحو ذلك يحوز العين هذه الحيازة المستوفية للشروط ، أي حيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة ، ويكفي في الاستمرار هنا أيضاً أن تكون الحيازة قد دامت منتظمة على الوجه المألوف مدة تكفي لاعتبارها مستمرة ، وليس من الضروري أن تكون قد استمرت سنة كاملة (٣) . ويستطيع الحائز هنا أيضاً أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات . ولا بد أن يثبت الحائز كلا من الأمرين المتقدمي الذكر ، ولا يغني إثبات أحدهما عن إثبات الآخر .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٧ ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨ - بودري ونيسيه فقرة ٢٤٥ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٥ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٠٨ - استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٥٠ .

(٢) ونرى أن القرينة القانونية تكون قائمة ، حتى لو كان الحائز قد انتزعت منه الحيازة بحيث لا يستطيع إثبات أنه الحائز الحال ، وحتى لو لم يتردد هذه الحيازة في خلال السنة . ففى أثبت أنه كان حائزاً في وقت معين ولو لم يكن حائزاً حيازة حالية ، واثبت أنه كان حائزاً أيضاً في وقت سبق أيا كان هذا الوقت ، قامت القرينة القانونية على استمرار الحيازة في الفترة بين هذين الوقتين .

(٣) بودري ونيسيه فقرة ٢١٥ .

فأثبتت الحيازة السابقة لا يغني من وجود الحيازة الحالية ، كما أن إثبات الحيازة الحالية لا يفترض وجود الحيازة السابقة (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧١ مدنى سالفة الذكر يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ولا يعتبر قيام الحيازة فى الحال قرينة على قيامها فى وقت سابق ، إلا إذا كان لدى الحائز سند يعطيه الحق فى الحيازة . ويعد فى هذه الحالة حائزاً من بدء التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك » (٢) . فكان إثبات الحيازة الحالية ، طبقاً لهذا النص ، يفترض وجود الحيازة السابقة ، بشرط أن يكون لدى الحائز سند كمقد شراء يعطيه الحق فى الحيازة ، وبشرط أن يكون هذا السند ثابت التاريخ . فإذا توافر هذان الشرطان افترض وجود حيازة سابقة من بدء التاريخ الثابت للسند ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك . وعلى افتراض وجود الحيازة السابقة لم يتم دليل عكسى ، افترض أيضاً افتراضاً قابلاً لإثبات العكس استمرار الحيازة من بدء التاريخ الثابت للسند إلى وقت قيام الحيازة الحالية وفقاً للقرينة القانونية التى تقدم ذكرها (٣) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة الثانية « اكتفاء بالقواعد العامة فى وسائل إثبات الحيازة بالقرائن أو بالشهود أو بالسندات » (٤) . وينبنى على حذف هذا النص أن وجود سند

(١) وإثبات قيام الحيازة فى وقت معين وقيامها حالاً من مسائل الواقع ، يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون مقتب عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٧ ص ٢٩٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٧ ص ٣٥٠ - بودرى وتيبه فقرة ٢٤٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٩) .

(٢) أنظر آنفاً ص ١٠٢٠ هامش ٢ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بل إن قيام الحيازة حالاً ، إذا كان لدى الحائز سند يعطى الحق فى الحيازة ، قرينة على قيامها فى وقت سابق هو بدء التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك . ويتبين من هذا أن الحائز إذا قدم لإثبات حيازته عقد بيع مثلاً ثابت التاريخ منذ خمس عشرة سنة ، فيكون هذا العقد قرينة على أنه حاز منذ خمس عشرة سنة ، وأنه مستمر فى حيازته إل اليوم ، وعلى خصمه أن يثبت العكس إذا ادعاه . وفى هذه القرائن تيسر عظم لإثبات الحيازة ، بدءاً واستمراراً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٨) .

(٤) أنظر آنفاً ص ١٠٢٠ هامش ٢ .

ثابت التاريخ يعطى الحق في الحياة لا يكون قرينة قانونية على قيام الحياة وقت هذا التاريخ الثابت ، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون قرينة قضائية يأخذ بها القاضي أو لا يأخذ ، وهى على كل حال قرينة قابلة لإثبات العكس (١) .

٣٨٦- ضم المدد في حالة محاقب الحائزين : ويقع في العمل ألا

يكون شخص واحد هو الذى حاز العين ، وبقي بشخصه حائزاً لها مدة خمس عشرة سنة فملكها بالتقادم المكسب الطويل . بل يحدث كثيراً أن عدة أشخاص يتعاقبون على حياة العين ، فيعقب الوارث المورث ، أو يعقب المشتري البائع ، وعندئذ يكون هناك مجال لضم مدة حياة السلف إلى مدة حياة الخلف حتى يبلغ مجموع المدد خمس عشرة سنة ، وهى المدة اللازمة لتتملك بالتقادم المكسب الطويل :

وقد سبق أن ميزنا في هذا الصدد بين الخلف العام والخلف الخاص ، وبيننا كيف تظم المدد في كل من الحالتين (٢) .

فما يتعلق بالخلف العام ، سبق أن قررنا (٣) أن الوارث يستطيع أن يضم إلى مدة حياته مدة حياة مورثه . فإذا كان المورث سى النية فانتقلت الحياة مقترنة بسوء النية إلى الوارث ولو كان هذا الأخير حسن النية ، فإن الوارث يستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم المكسب الطويل إذا ضم مدة حياة مورثه ، ولتكن خمس سنوات مثلاً ، إلى مدة حياته هو إذا بلغت عشر سنوات على الأقل . وإذا كان المورث عنده سبب صحيح وكان حسن النية وقت حصوله عليه ، فإن الحياة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية

(١) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٧ ص ٥٠٨ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٨ ص ١٩٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ - فقرة ٣٠٧ - وقد رأينا (أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧) أن

المادة ٩٥٥ مدنى تنص على أن ١ - تنتقل الحياة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سى النية وأثبت الخلف أنه كان في حياته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته .

٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حياته حياة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحياة من أثره . هذا ويجب على من يريد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة ص ٤ رقم ١٨٧ ص ٥٣٢) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٠١ .

وبالسبب الصحيح . فإذا كان المورث قد بقي حائزاً مدة سنتين : كان للوارث ولو كان سيء النية ، إذا بقي حائزاً لمدة ثلاث سنوات ، أن يضم إليها مدة حيازة سلفه وهي سنتان ، فيستكمل بذلك خمس السنوات اللازمة لتملك العقار بالتقادم المكسب القصير . وإذا كان المورث حسن النية وليس لديه سبب صحيح ، وبقي حائزاً للعقار مدة ست سنوات مثلاً ، ثم انتقلت الحيازة للوارث ، فإنها تنتقل إليه مقترنة بحسن النية وبمجردة من السبب الصحيح كما كان الأمر في شأن المورث . ولا يستطيع الوارث في هذا الفرض أن يملك العقار بالتقادم القصير لانعدام السبب الصحيح ، ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل . سواء بقي حسن النية أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيازة إليه . وفي الحالتين يستطيع ضم مدة حيازة مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيازته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية أو أصبحت مقترنة بسوء النية ، فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقي حائزاً تسع سنوات أخرى إذ تضم إليها حيازة مورثه وهي ست سنوات (١) .

وفيما يتعلق بالخلف الخاص ، سبق أن قررنا (٢) أن له أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ، أو أن يفصل ما بين الحيازتين ويتمسك باحدهما دون الأخرى . وذلك تبعاً لما يرى له من المصلحة في ذلك . فإذا كان السلف سيء النية وبقي حائزاً للعين مدة عشر سنوات مثلاً ، ثم باع العين إلى مشتر هو أيضاً سيء النية ، فللمشتري أن يملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقي حائزاً لها مدة خمس سنوات أخرى إذ يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، وبقي حائزاً للعقار مدة سنتين ، ثم نقل الحيازة إلى المشتري وكان هذا أيضاً حسن النية ، فللمشتري أن يملك العقار بالتقادم القصير إذا هو بقي حائزاً له مدة ثلاث سنوات أخرى . إذ يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا كان البائع سيء النية ، وبقي حائزاً

(١) وقد قدمنا (أنظر آنفاً فقرة ٣٠١) أنه إذا كان المورث سيء النية وقت حصوله على السبب الصحيح ، فإن الحيازة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية ، ولا يعديه بعد ذلك أن يثبت حسن نيته . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث أن يملك في هذا الفرض إلا بالتقادم الطويل ، وله أن يضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٧١ .

للعقار مدة أربع عشرة سنة مثلاً ، ثم باع العقار إلى مشتر حسن النية ، فالمشترى يستطيع أن يملك بالتقادم القصير إذا بقي حائزاً للعقار مدة خمس سنوات . ولكنه في هذا الفرض يفضل أن يملك بالتقادم الطويل ، إذ يستطيع في هذه الحالة أن يملك العقار إذا بقي حائزاً له مدة سنة واحدة بدلاً من خمس سنوات ، لأنه يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا فرضنا العكس وكان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، ولكنه لم يحز العقار إلا مدة أربع سنوات فقط ، ثم باعه إلى مشتر سىء النية يعلم أن العقار ليس مملوكاً للبائع ، فإن المشتري لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم القصير لأنه سىء النية . ولكنه يستطيع أن يملك العقار بالتقادم الطويل ، فإذا هو حازه إحدى عشرة سنة أخرى استطاع أن يضم إليها مدة حيازة البائع وهي أربع سنوات فيستكمل بها مدة التقادم الطويل . وللخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازة سلفه وحيازته هو ، ويتمسك باحدهما دون الأخرى وذلك تبعاً لمصلحته . فله أن يتمسك بحيازته هو وحدها ، وأن يسقط حيازة سلفه . ويتحقق ذلك فيما إذا كان البائع سىء النية وحاز العقار لمدة ست سنوات مثلاً ، ثم باعه إلى مشتر حسن النية بقي حائزاً له مدة خمس سنوات . فهنا يستطيع المشتري أن يملك العقار بالتقادم القصير ، ولا يحتاج في ذلك إلا إلى التمسك بحيازته هو ، دون حيازة البائع . أما إذا أراد ضم حيازة البائع سىء النية ، فلا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل ، فيحتاج إلى حيازة مدتها تسع سنوات بدلاً من خمس ، ولذلك يفضل أن يتمسك بحيازته هو المقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح دون حيازة البائع المقترنة بسوء النية (١) . وله أن يتمسك بحيازة سلفه دون حيازته هو إذا كانت له مصلحة في ذلك . وتتحقق هذه المصلحة إذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان المشتري سىء النية . فإذا كانت مدة حيازة البائع قد بلغت خمس سنوات وبلغت مدة حيازة المشتري ثمانى سنوات ، فإن من مصلحة المشتري أن يتمسك بحيازة البائع وحدها وأن يسقط حيازته هو . فقد بلغت حيازة البائع

(١) استئناف وطني ١١ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٤٧ ص ٤٣ - أول يونيو

خمس سنوات وهو حسن النية ولديه السبب الصحيح وهذا كاف لتملك العقار بالتقادم القصير ، فتخلص للمشتري ملكية العقار نقلاً عن البائع كما خلصت له حيازته . أما إذا أراد المشتري أن يتمسك بمدة حيازته المقررة بسوء النية ، فإنه لا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل ، ولو ضم مدة حيازة البائع وهي خمس سنوات إلى مدة حيازته وهي ثماني سنوات ، لنقصه سنتان حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة . فصلحته إذن في هذا الفرض هي ألا يتمسك بحيازته ، وأن يقتصر على التمسك بحيازة البائع .

٣ - وقف التقادم المكسب وانقطاعه

(١) وقف التقادم المكسب

(Suspension de la prescription)

٣٨٧ - سرماية قواعد التقادم المسقط على وقف التقادم المكسب فيما

عدا حكماً واحداً - نص قانوني : رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدني تقضي بأن تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بوقف التقادم مع مراعاة أحكام معينة . وقد قررت المادة ٩٧٤ مدني حكماً يخالف فيه وقف التقادم المكسب وقف التقادم المسقط ، فنصت على ما يأتي :

« أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه (٢) » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٥ من المشروع التمهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٥ - ص ٥٠٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (ولكن) وقف التقادم المسقط في التقنين العراقي يقف

أيا كانت مدة التقادم ولا يتقيد بتقادم مدته تزيد على خمس سنوات ، وكذلك يقف التقادم المكسب أيا كانت مدته) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

ويخلص مما تقدم أن قواعد التقادم المسقط في وقف التقادم تسرى على وقف التقادم المكسب ، فيما عدا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدني في شأن التقادم المسقط من أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية ، أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً » . ويؤخذ من ذلك أن التقادم المسقط لا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات ، وقد رأينا أن التقادم المكسب على خلاف التقادم المسقط يوقف سريانه أيا كانت مدته كما يقضي بذلك نص المادة ٩٧٤ مدني فيما قدمنا . ونستعرض في ضوء ما تقدم قواعد وقف التقادم المسقط لتطبيقها على وقف التقادم المكسب ، مع مراعاة ما اختص به التقادم المكسب من هذا الحكم الخاص الذي أشرنا إليه (١) .

٣٨٨- القاعدة العامة في وقف التقادم - القاعدة التفسيرية التي تقضي بأنه

يرقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه

تقضي بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه : وردت القاعدة العامة في وقف التقادم ، في شأن التقادم المسقط ، في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدني ، وتنص على ما يأتي : « لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب » (٢) . ويسرى هذا النص

(١) ويلاحظ أن وقف سريان التقادم غير تأخير سريان التقادم . فوقف سريان التقادم يفترض أن التقادم قد بدأ سريانه فعلاً ، ثم عرض من الأسباب ما يقف هذا السريان ، وعند ذلك لا تحسب المدة التي وقف فيها سريان التقادم وتحسب المدة التي سبقت والمدة التي تلت . أما تأخير سريان التقادم فيفترض أن التقادم لم يبدأ سريانه ، فهو إذن لا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه معترضاً سريان التقادم بعد أن بدأ ، وذلك كتأخير سريان التقادم حتى يتحقق الشرط الواقف أو حتى يحل الأجل لواقف . أنظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٠ . (٢) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله في التقنين المدني السابق في الوسيط ٣ فقرة ٦٢١ ص ١٠٦٩ هامش ٢ وص ١٠٧٠ هامش ١ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧٩ (مطابق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة

٩٢٢ مدني سوري) .

على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٧٣ مدني ، فلا يسرى التقادم المكسب كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً ، وكذلك لا يسرى التقادم المكسب فيما بين الأصيل والنائب :

وقد استحدث التقنين المدني الجديد على هذا الوجه تعديلاً هاماً في أسباب وقف التقادم ، فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر في التقنين المدني السابق (١) أسوة بالتقنين المدني الفرنسي ، أصبحت في التقنين المدني الجديد سبباً عاماً يندرج تحته كثير من الأسباب ، فكلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه يقف سريان التقادم ، ولو كان هذا المانع أدبياً .

وقد أخذ التقنين المدني الجديد في ذلك بقاعدة تقليدية كانت معروفة في القانون الفرنسي القديم ولا يزال القضاء الفرنسي يأخذ بها على خلاف الفقه الفرنسي ، وهي تقضي بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه *contra non valentem agere non currit proscriptio* . فأى مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سبباً في وقف سريانه .

٣٨٩ - موقوف الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي من القاعدة التقليدية :

لم ينقل التقنين المدني الفرنسي هذه القاعدة التقليدية ، بل هو قد عدل أسباب وقف التقادم ، وقرر في المادة ٢٢٥١ منه أن التقادم يسرى في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص في القانون .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٩ (مطابق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٧٧ مدني ليبي) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٥ (يوافق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ١١٦٢ مدني عراقي)
قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٦٦ : لا يسرى مرور الزمن ، في المسائل العقارية ،

لا على الغائبين ولا على فاقدي الأهلية بمقتضى القانون .

(١) وبالرغم من ذكر أسباب وقف التقادم في التقنين المدني السابق على سبيل الحصر ، فقد كان القضاء المصري في عهد هذا التقنين يتوسع في هذه الأسباب توسع القضاء الفرنسي . فقد قضت محكمة النقض بأن التقادم يقف كلما استحال على صاحب الحق ، مادياً أو قانونياً ، أن يطالب بحقه ، فهو يقف بالنسبة إلى كل صاحب حق حالت بينه وبين المطالبة بحقه قوة قاهرة (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٢٧) .

فالتقنين المدني الجديد لم يفعل إلا أن قنن القضاء المصري في هذا الشأن . وانظر أيضاً استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ .

وعلى ذلك يأبى الفقه الفرنسى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة ، فلا يسلم بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع مريانه : ويحتاج لذلك بأن هذه القاعدة التقليدية إنما قامت فى القانون الفرنسى القديم على أساس أن التقادم إنما وجد لعقاب صاحب الحق المهمل ، فإذا ثبت أنه لم يهمل بل تعذر عليه أن يطالب بحقه فلا محل لإذن للتملك ضده بالتقادم . وكان الفقهاء الأولون الذين قالوا بهذه القاعدة فى القانون الفرنسى القديم يقصرونها على الموانع القانونية التى تحول دون أن يطالب صاحب الحق بحقه ، ولكن ما لبثت القاعدة أن اتسعت حتى شملت الموانع القانونية والموانع المادية جميعاً ، فانطوى فى القاعدة جميع الأحوال التى يتعذر فيها على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، من قصر وجنون وحجر وقيام حرب وانقطاع مواصلات وغيبة منقطعة وجهل بالحق وقوة قاهرة وغير ذلك . وكان للقانون الكنسى ، وهو ينزع إلى التضييق من نطاق التقادم ، أثر كبير فى توسيع القاعدة . ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن التقنين المدنى الفرنسى أراد القضاء على هذه القاعدة القديمة بما تجره من اضطراب ومنازعات ، فنص فى المادة ٢٢٥١ منه على أن التقادم يسرى فى حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص فى القانون . فأسباب وقف التقادم إذن مذكورة ، فى نظر الفقه الفرنسى ، على سبيل الحصر فى نصوص القانون ، وليست متفرعة عن قاعدة عامة كالقاعدة سالفه الذكر : وأيا كان المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، فإن هذا المانع لا يكون سبباً لوقف التقادم إلا إذا ورد به نص صريح فى القانون . ويزيد الفقه الفرنسى على ما تقدم أن التقادم لم يعد يقوم على فكرة عقاب صاحب الحق المهمل ، وهى الفكرة التى تعتبر من أقوى المبررات للقاعدة التقليدية القديمة ، بل يقوم التقادم على فكرة تثبيت الأوضاع القائمة ودعم الثقة المشروعة حتى يستقر التعامل : وهى فكرة يستوى عندها أن يقوم مانع يحول دون أن يطالب صاحب الحق بحقه أو لا يقوم ، ففى الحالتين ينبغى أن يملك الحائز بالتقادم العين التى يحوزها حتى تتوطد الثقة المشروعة وتستقر الأوضاع القانونية (١) .

(١) انظر فى هذا المعنى لوران ٣٢ فترة ٣٧ - ميك ١٤ فترة ٤١٥ - بودرى -

أما القضاء الفرنسي فلم يساير الفقه الفرنسي فيما ذهب إليه ، بل قصر نص المادة ٢٢٥١ مدني فرنسي على أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى حالة الشخص كما هو ظاهر النص ، فهذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر في نصوص القانون . أما الأسباب التي لا ترجع إلى حالة الشخص ، بل ترجع إلى ظروف خارجية ، فهي غير مذكورة على سبيل الحصر ، ويميل القضاء الفرنسي في شأنها إلى تطبيق القاعدة التقليدية المشار إليها ، فأى مانع خارجي يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سبباً في وقف سريانه . ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن المتصود بالمادة ٢٢٥١ مدني فرنسي هو القضاء على الامتيازات التي كان يتمتع بها بعض الأشخاص في القانون الفرنسي القديم ، كالكنيسة والهيئات العامة وأملالك التاج ، فكان التقادم لا يجري في حقها أو يجري تقادم أطول (١) . فقضى النص بأن التقادم يجري في حق كل شخص ، دون تمييز بين شخص وآخر ، ما لم يرد نص خاص يقف سريان التقادم بالنسبة إلى طائفة معينة من الأشخاص نظراً لحالة شخصية قائمة بها ، كما وردت المادة ٢٢٥٢ مدني فرنسي في خصوص القصر والمحجورين . أما إذا كان المانع الذي يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه لا يرجع إلى حالة شخصية ، فهذا أمر آخر لم تعرض له المادة ٢٢٥١ . ويطبق القضاء الفرنسي القاعدة التقليدية القديمة في هذا النطاق بعد أن يخرج الموانع التي ترجع إلى حالة شخصية فيجعلها خاضعة للمادة ٢٢٥١ (٢) . فعنده إذا تعذر على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، بسبب حرب أو غزو أو ثورة أو انقطاع المواصلات أو إقتال المحاكم أو غيبة

= وتيسيه فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٦٨ - كولان وكايتان ودي لامورانبيرا فقرة ١١٩٢ ص ٩٧٠ - ٩٧١ . وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - ويذهب أوبري ورو إلى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة بشرط أن تكون مقصورة على الموانع الثانوية وحدها ، فلا يعتد بالموانع المادية أسباباً لوقف التقادم إلا إذا ورد بها نص صريح في القانون (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٤ وهوامش ٢٩ إلى ٣٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٨ في آخرها .

(٢) أنظر في موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة بلانيول وريبير وبيكر ٣ فقرة ٧٣٦ وفترة ٧٤٢ ص ٧٣٩ وفترة ٧٤٣ ص ٧٤١ - بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة

منقطعة أو جهل صاحب الحق بحقه جهلاً مغتفراً أو غير ذلك ، فكان هذا كافياً لوقف سريان التقادم (١) . وهذا الاتجاه الذى سار فيه القضاء الفرنسى ، ومن شأنه أن يخفف من حدة ما قد ينطوى عليه التقادم من إنكار لحقوق ثابتة ، هو الذى أخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد (٢) .

٣٩٠ - موقف التقنين المدنى المصرى الجديد من القاعدة التقليدية : وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق قد حذا حذو التقنين المدنى الفرنسى فى مصر أسباب وقف التقادم كما سبق القول (٣) . ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد قد عدل عن هذه المحاذاة ، وجعل التقادم يقف لا بالنسبة إلى ناقص الأهلية والمحجورين فحسب ، ولا فيما بين الأصيل والنائب فحسب ، بل بوجه عام يقف سريان التقادم كلها وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً (٤) . فجاءت عبارة النص من حيث العموم والشمول بحيث تذكر بالقاعدة التقليدية فى القانون الفرنسى القديم ، التى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه (٥) .

(١) وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن التقادم لا يسرى فى حق من يستحيل عليه العمل بسبب مانع ناجم عن القانون أو عن الاتفاق أو عن القوة القاهرة ، واستحالة العمل مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض (نقض فرنسى ٢٢ يوفيه سنة ١٨٥٣ سيرية ٥٥ - ١ - ٥١١ - ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٥ سيرية ٥٦ - ١ - ٤٢٩ - ٢٧ مايو سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٧ - ١ - ٢٩٠ - ١٩ يولية سنة ١٨٦٩ دالوز ٧٠ - ١ - ٧٥ - ٣ يناير سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٢ - ١ - ٢٢ - ٢٨ يوفيه سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠ - ١ - ٣١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٦٥ - ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ١٠١ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٢٢) . وانظر أيضاً فى قضاء محاكم الاستئناف الفرنسية لكس ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ سيرية ١٩٢٢ - ٢ - ٤٦ - باريس ١٦ مارس سنة ١٩٤٩ J. C. P. ١٩٤٩ - ٤٩٦٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٤) أنظر المادة ١/٣٨٨ مدنى آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٥) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى ، فى صدد التقادم المستقط ، ما يأتى : « بيد أن أهم جديد أتى به المشروع فى هذا الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أدبياً . ولم ير إيراد الموانئ على سبيل الحصر - كالحرب وحالة الأحكام العرفية -

ويشفع للتقنين المدني الجديد في مسلكه هذا أنه . بعد أن أخذ مدة التقادم من الشريعة الإسلامية وجعلها خمس عشرة سنة وهي مدة لا تبلغ إلا نصف المدة المقررة في التقنين المدني الفرنسي ، لم ير بأس من أن تطول هذه المدة بالاعتذر الشرعي ، وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية أيضاً عندما قررت عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي . ذلك أن مدة التقادم والعذر الشرعي أمران يتلازمان ، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية . وما العذر الشرعي إلا قيام المانع الذي يعتذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، والعذر الشرعي والمانع كلاهما يمكن تقريبه من القاعدة الفرنسية القديمة التي كانت تقضى بوقف التقادم حيث يعتذر على صاحب الحق قطع سريانه .

على أنه من المصلحة أن تضبط ، من ناحية التطبيق ، حدود المانع الذي يعتذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، حتى لا يختل الأساس الذي قام عليه التقادم . فالتقادم إنما شرع لصيانة الأوضاع القائمة المستقرة . فلا يجوز إهدار هذه الصيانة ، ويجب التشدد في ضبط أسباب وقف التقادم . وقد ورد من هذه الأسباب ، في نص التقنين المدني المصري وفي المذكرة الإيضاحية وفي التقنينات الأجنبية نقص الأهلية والحجر ، والعلاقة ما بين الأصيل والنائب ، والعلاقة ما بين الزوجين ، والعلاقة ما بين الأصول والفروع ، والعلاقة ما بين الشخص المعنوي ومديره ، والعلاقة ما بين المخدم والحام . وحالة ما إذا

والأمر وصلة الزوجية والخدمة - على غرار ما فعلت بعض تقنينات أجنبية . بل عم الخكم تشبه مع ما يقضى به العقل ، ولا سيما أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير . وتطبيقاً لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجته ما بقيت الزوجية قائمة . وبين المحجور ومن ينوب عنه قانوناً ما بقي قائماً على الإدارة ، وبين الشخص المعنوي وذئبه ما بقيت النيابة النيابة قائمة ، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل في حدود التوكيل ، وبين السيد والخدم طوال مدة التعاقد ، لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالي صلة تمتد على الاحترام والثقة أو الرهبة يستحيل منها على الدائن أدبياً أن يطالب بحقه . وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الدئمة مانع طبيعي من موانع سريان المدة ، فإذا زال السبب الذي أنقضى إلى اجتماع صفتي الدائن والمدين زوالاً مستنداً ، وعاد الدين إلى الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طوال فترة التي تحقق الانعقاد في خلالها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩) .

كان صاحب الحق غالباً غيبة اضطرارية في سفر أو أسر أو نحو ذلك ، وحالة اتحاد الذمة : وهذه كلها أسباب تتعلق بالشخص : شخص صاحب الحق كما في القصر والحجر والغيبة والأسر واتحاد الذمة ، أو العلاقة بينه وبين الحائز كما في العلاقة بين الزوجين وبين الأقارب وبين المخدم والخدم : وبعض هذه الموانع مادية ، وبعضها موانع أدبية . وقد تقوم موانع يتعذر معها أن يطالب صاحب الحق بحقه وترجع ، لا لأسباب تتعلق بالشخص ، بل لظروف مادية أقرب ما تكون إلى القوة القاهرة كقيام حرب أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية أو انقطاع المواصلات . (١) ونستعرض كلا من هذين النوعين من أسباب وقف التقادم في التقنين المدني المصري (٢) .

(١) ويجوز القضاء الفرنسي أن يتفق الطرفان على وقف سريان التقادم لمدة معينة لأسباب تستوجب ذلك ، كما إذا اتفقا على وقف التقادم في خلال مدة تحقيق جنائي أو تحقيق إداري أو في خلال المدة التي تدور فيها مفاوضات للصلح ، ومن ثم تطول مدة التقادم بقدر ما وقف من سريانه (نقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٣ - ١ - ٣٠٢ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٧ - ١ - ٢٢٤ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٢٢) . ويقول بودرى وتيسيه إنه ليس في هذا الاتفاق ما ينشئ أسباباً جديدة لوقف التقادم ، وإنما هو تطبيق لحرية التعاقد فيما لا يصطدم مع النظام العام . وليس في النظام العام ما يمنع من الاتفاق على تأخير رفع الدعوى أو على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة ، فقد أجاز القانون إضافة أجل للدين فكن الطرفين بذلك من وقف التقادم إلى حلول هذا الأجل (بودرى وتيسيه فقرة ٦٣ - فقرة ٦٦) .

(٢) أنظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٣ - هذا ويجرى القضاء الفرنسي القاعدة التي تنقض بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه ، أكثر ما يكون ، عندما يقوم المانع في آخر مدة التقادم ، فتكتمل مدة التقادم والمانع لا يزال قائماً : عند ذلك يعتبر هذا المانع قوة قاهرة حالت دون أن يتخذ صاحب الحق الإجراءات القانونية للمطالبة بحقه . أما إذا قام المانع في وسط مدة التقادم ، ثم زال مع بقاء مدة طويلة بعد زواله وقبل أن يكتمل التقادم ، فإنه لا يعتد بهذا المانع ، ولا يعتبر التقادم موقوفاً في أثناء قيامه ، فقد كان عند صاحب الحق مدة طويلة بعد زوال المانع يستطيع في خلالها المطالبة بحقه (بلايتول وريبير وردران ٧ فقرة ١٣٧٩ - بلايتول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٢ ص ٧٣٩) .

وقد كان القضاء في مصر ، في عهد التقنين المدني السابق ، يجرى على هذا الجهد . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المانع الوقتي لا يقف سريان التقادم ، ولكن للقاضي أن يمنح صاحب الحق من الحكم بالتقادم إذا باشر حقوقه بمجرد زوال المانع . أما إذا زال المانع الوقتي ولا يزال أمام صاحب الحق مدة كافية لاستعمال حقه وأهمل استعماله حتى انتهت جميع -

٣٩١ - أسباب وقف التقادم التي تنقضي بالتقادم : أهم هذه الأسباب

هو السبب المتعلق بنقص الأهلية والمجورين . وسواء كانت مدة التقادم هي خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل ، أو كانت خمس سنوات وهي مدة التقادم القصير ، فإن التقادم يقف سريانه في حق ناقصي الأهلية والمجورين (١) . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدني صراحة ، كما رأينا (٢) ، على أنه « أياً كانت مدة التقادم المكسب ، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه » . ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان للمحجور نائب يمثله أو ليس له نائب . ففي حالة ما إذا كان له نائب لا يقف سريان التقادم ، وعلى النائب أن يقطع التقادم وأن يطالب بحق محجوره ، وإلا كان هو المسؤول نحو المحجور . وهذا حكم استحدثه التقنين المدني الجديد . فقد نصت المادة ٢/٣٨٢ من هذا التقنين في صدد التقادم المسقط على أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة

المدة ، فإنه يجب الحكم بالتقادم (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢) . ولما كان التقنين المدني الجديد جاء منه صريحاً في أن المانع أي كان يقف التقادم ، ولم يذكر أسباباً محددة على سبيل الحصر لوقف التقادم كقول التقنين المدني الفرنسي ، مادعا القضاء في فرنسا في الموانع التي لم يرد بها نص إلى اعتبارها بمثابة القوة القاهرة فلا يكون لها أثر إلا إذا قامت في آخر مدة التقادم فنعت صاحب الحق من المطالبة بحقه قبل اكتمال هذه المدة ، فإن هذه الاعتبارات لا محل لها أمام النص الصريح لتقنين المدني المصري ، ويجب اعتبار أي مانع ولو توسط مدة التقادم ولم يجيء في آخرها سبب لوقف سريان التقادم (الوسيط ٣ فقرة ٩٣٦ ص ١٠٨٦ هامش ٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٩٦ ص ٦٠٦ هامش ١ - حكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٥١ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١) .

(١) وهذا بخلاف التقادم المسقط ، فقد نصت المادة ٢/٣٨٢ مدني في شأن هذا التقادم على أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً » . فالتقادم المسقط لا يقف سريانه في حق المجورين ، إلا إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ولم يكن للمحجور نائب يمثله قانوناً (أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٧٨ - ص ١٠٨٠) . أما التقادم المكسب ، الذي نحن بصدد ، فيقف سريانه في حق المجورين ، سواء كان تقادماً طويلاً مدته خمس عشرة سنة أو كان تقادماً قصيراً مدته خمس سنوات (أنظر م ٩٧٤ مدني آنفاً فقرة ٣٨٧) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٧ .

جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً ، وذلك تضيقاً من أسباب وقف
التقادم باقتفال مالا تقوم الضرورة لتبريره . وفي حالة ما إذا لم يكن للمحجور
نائب يمثل ، فهنا يقف التقادم لقيام الضرورة إذ لا يوجد نائب عن المحجور
يقطع التقادم (١) .

وقد يقوم مانع يتعلق بالشخص ، غير القصر والحجر ، يتعذر معه على
صاحب الحق أن يطالب بحقه . من ذلك الغيبة الاضطرارية لسجن أو أسر أو
نحو ذلك ، وهذه غير الغيبة المنقطعة التي يقام من أجلها وكيل للغائب والتي
تدخل في أسباب الحجر سالفه الذكر . فيقف سريان التقادم ، إلى أن تهيأ
لصاحب الحق أسباب العودة لمباشرة أعماله . وتقرير ما إذا كان هذا المانع
يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه مسألة واقع ، تترك لتقدير قاضي
الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (٢) .

وقد يكون المانع من أن يطالب صاحب الحق بحقه هي العلاقة القائمة بينه
وبين الحائز للعين . فالعلاقة ما بين الزوجين مانع أدبي لأي منهما من أن يطالب
الآخر بحقه ، وإلا تعكر صفو السلام في الأسرة . فوجب وقف سريان التقادم
ما دامت علاقة الزوجية قائمة ، ويعود التقادم إلى السريان بمجرد أن تنقصر عرى
الزوجية لموت أو طلاق أو غير ذلك (٣) . والعلاقة ما بين الأصول والفروع

(١) انظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٧٩ - ص ١٠٨٠ .

(٢) أما إفلاس صاحب الحق فليس سبباً لوقف التقادم ، وعلى السندك أن يقطع التقادم
(استئناف محتل ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعة
من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التي تختلف في الدعاوى بحسب ظروفها ،
والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣
رقم ٢١ ص ٤٧) . أما في التقنين المدني الجديد ، حيث النص صريح في وقف سريان التقادم
كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً فالواجب أن تكون
علامة الزوجية في الأصل مانعاً أدبياً من سريان التقادم . على أنه قد يقع أن يفصل الزوجان ،
ويقوم الشقاق بينهما مع بقاء الزوجية ذممة ، فلا يعود هناك محل للخشية من تمكير صفو
السلام في الأسرة بعد أن تمكر فعلاً ، لا سيما إذا كانت هناك قضايا مرفوعة بين
الزوجين . في هذه الحالة يمكن القول بأن سبب وقف التقادم قد زال ، وهذه مسألة
في واقع لا معقب فيها على تقدير قاض الموضوع (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٨١ -

هي أيضا مانع أدبي . وقد يكون مانعا أدبيا علاقة القرابة أيا كانت ، مادامت علاقة وثيقة واقترنت بملابسات تؤكد معنى المنع ، كالعلاقة ما بين الأشقاء ، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت ، وهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع . والعلاقة ما بين الأصيل والثائب مانع يقف سريان التقادم ، وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في المادة ١/٣٨٢ مدني كما رأينا (١) . ويدخل في ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة ، وذلك في حدود أعمال الوكالة . كما تدخل العلاقة ما بين الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور ما دام الحجر قائما . وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوي والمدير . ما دامت صفة الإدارة قائمة ٢ .

ويقف سريان التقادم في جميع الموانع التي قدمناها . أيا كانت مدة التقادم: خمس عشرة سنة أو خمس سنوات .

٣٩٢- أسباب وقف التقادم التي نرجمع إلى ظروف مادية اضطرارية :

وقد يرجع المانع ، لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص . بل إلى ظرف مادي اضطراري يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه . فيقف سريان التقادم أيا كانت مدته ، خمس عشرة سنة أو خمس سنوات .

من ذلك قيام حرب مفاجئة . أو نشوب فتنة ، أو إعلان حالة الطوارئ ، إذا كان شيء من هذا قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها فلا يتمكن صاحب الحق من المطالبة قضائيا بحقه .

ومن ذلك أيضا انقطاع المواصلات بحيث لا يتمكن صاحب الحق من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه ، فيقف سريان التقادم لهذا المانع .

(- هاش ٢) . أنظر في أد قيام الزوجية . في عهد التقنين المدنى السابق . كان سببا لوقف التقادم : استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٣ المادة ١٤ رقم ٤٥ ص ٨٨ - وفي أنها لم تكن سببا لوقف التقادم في عهد هذا التقنين : استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٢) ولا تعتبر علاقة الموظف بالحكومة مانعا أدبيا من شأنه وقف التقادم (محكمة القضاء

الإدارى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ٩١٥ ص ١٧٣٩) - وانظر كل ذلك التوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ -

والمسألة موكولة إلى تقدير قاضي الموضوع ، ولا معقب على هذا التقدير من محكمة النقض .

ومن ذلك أخيراً جهل صاحب الحق بوجود حقه من غير تقصير منه ، فيكون ذلك مانعاً يقف سريان التقادم (١) . وقد قضت محكمة النقض بأن الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم ، إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال صاحب الحق ولا تقصيره ، فإذا كان الحكم قد نفي عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبه في جهله باغتصاب ملكه ، فإنه لا يكون مخطئاً إذ اعتبر مدة التقادم لا تحتسب في حقه إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه (٢) .

٣٩٣ - الأثر الذي يترتب على وقف التقادم : ومتى وقف سريان التقادم لسبب أو لآخر من الأسباب التي تقدم ذكرها ، فإن المدة التي وقف سريان التقادم في خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم ، وتحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة .

قلو أن شخصاً وضع يده على عين مملوكة للغير ، وبقي واضعاً يده عشر

(١) استئناف محتلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٢ - نقض فرنسي ١١ يونيو سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٢١٧ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ جازيت دي باليه ١٩٤١ - ٢٣٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٣ - بلانيول وريبير بولانجيه ١ فقرة ٣٢١٣ - أنيكلويدي دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٢٢٥ - وقارن أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٤ هامش ٣٣ - بودري وتيسيه فقرة ٣٧١ - محمد علي عركة ٢ فقرة ١٥١ ص ٢٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٤ ص ٦٠٢ .

(٢) نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢ - وانظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ - ويلاحظ هنا أن التقادم قد وقف قبل أن يبدأ سريانه فهو بمثابة تأخير لسريان التقادم (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ ص ١٠٨٣ هامش ٢) - ونرى من ذلك أنه لا يشترط في المانع ما يشترط في القوة القاهرة ، ويكفي في المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ صاحب الحق حتى يقف سريان التقادم ، وعلى هذا الأساس اعتبر جهل صاحب الحق بوجود حقه من غير تقصير منه مانعاً يقف التقادم ، وقد لا يكون هذا الجهل قوة القاهرة بالمعنى الحقيقي . ومن ثم يحسن فصل الفكرتين - المانع والقوة القاهرة - إحداهما عن الأخرى . والأمر في تقدير المانع يترك لقاضي الموضوع ، ولا معقب عليه من محكمة النقض (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ ص ١٠٨٣ هامش ٢ - منصور مصطن منصور فقرة ١٧٦ ص ٤٠٩) .

سنوات ، ثم مات المالك وورثه قاصر لم يعين له وصى إلا بعد سنتين من موت المورث ، فإن التقادم يقف سريانه مدة هاتين السنتين . وتحسب المدة التي سبقت السنتين وهى عشر سنوات ، فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصى له خمس سنوات يقطع فيها التقادم . فإذا انقضت خمس سنوات من وقت تعيين الوصى دون أن يقطع التقادم ، اكتمل للحائز مدة خمس عشرة سنة يتملك بانقضائها العين بالتقادم المكسب الطويل : بعد أن يكون قد وضع يده على العين سبع عشرة سنة منها سنتان وقف فيها سريان التقادم (١) .

ب - انقطاع التقادم

(Interruption de la prescription)

٣٩٤ - أسباب انقطاع التقادم المكسب : رأينا (٢) أن المادة ٩٧٣ مدنى

تقضى بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بانقطاع التقادم ، وذلك بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب . وقد ورد فى التقادم المسقط أن هذا التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية (م ٣٨٣ مدنى) ، كما ينقطع باقرار المدين بحق الدائن (م ٣٨٤ مدنى) (٣) . وهذان السببان لانقطاع التقادم المسقط ينطبقان على التقادم المكسب ، فينقطع

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن القاعده الصحيحه فى احتساب مدة التقادم ألا تحسب المدة التى وقف سيره فى خلالها ضمن مدة التقادم ، وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقف مملقة حتى يزول سبب الوقف ، فإذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة (نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٤ بمجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٦ ص ١٠٥٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦

(٣) أما المادة ٣٨٥ مدنى ، وهى متعلقة أيضاً بانقطاع التقادم المسقط ، فنفس على أنه ١ - إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد ، يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هى مدة التقادم الأول . ٢ - على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ، أو كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين ، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، إلا أن يكون الدين المحكوم به متفصلاً بالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم . وسنبين ، فيما يتعلق بكل سبب من أسباب انقطاع التقادم المكسب الأثر الذى يترتب عليه ، فلا نطبق من أحكام المادة ٣٨٥ سالفة الذكر إلا ما يتفق مع طبيعة التقادم المكسب .

هذا التقادم بالمطالبة القضائية وباقرار الحائز بحق المالك . ويضاف إلى هذين السببين سبب ثالث خاص بالتقادم المكسب لأن طبيعة هذا السبب تستعصى على تقادم المسقط ، وهو انقطاع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو عنها ولو بفعل الغير (م ٩٧٥ مدني) .

ويمكن تقسيم هذه الأسباب الثلاثة لانقطاع التقادم المكسب إلى أسباب مصدر من الحائز وهي إقرار الحائز بحق المالك وتخليه عن الحيازة أو فقده إياها ، وأسباب تصدر من المالك وتقتصر على المطالبة القضائية الصادرة من المالك . كذلك يمكن تقسيم أسباب انقطاع التقادم المكسب إلى أسباب انقطاع مدنية (interruption civile) وهي المطالبة القضائية وإقرار الحائز بحق المالك ، وأسباب انقطاع طبيعية (interruption naturelle) وتقتصر على تخلى الحائز عن الحيازة أو فقده إياها . ونستعرض أسباب انقطاع التقادم المكسب الثلاث ، دون نظر إلى تقسيمها . فنبحث انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية : وانقطاعه باقرار الحائز بحق المالك ، وانقطاعه بتخلى الحائز عن الحيازة أو فقده إياها (١) .

٣٩٥ - السبب الأول لانقطاع التقادم المكسب - المطالبة القضائية :

تنص المادة ٣٨٣ مدني فيما يتعلق بالتقادم المسقط على أن « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبال حجز ، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه في إحدى الدعاوى (٢) . ولا يكاد ينطبق من هذا

(١) والفرق بين انقطاع التقادم ووقفه أن في وقف التقادم لا تحسب المدة التي وقف في خلالها ولكن تحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة كما سبق القول ، أما في انقطاع التقادم فنرى أنه لا تحسب المدة التي انقطع فيها التقادم ولا المدة التي سبقت الانقطاع ، ولا تحسب إلا المدة التي تلت زوال أثر الانقطاع إذا كان هناك عمل لبدء تقادم جديد . وتنص المادة ٢٦٣ من قانون الملكية العقارية البناني على أنه « إذا انقطع مرور الزمن ، فلا تحسب مدة وضع اليد السابقة لإشغال المقار » .

(٢) أنظر في تاريخ هذا النص وفيما يقابله في التقنين المدني السابق وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى الوسيط ٣ فقرة ٦٢٨ - وقد ورد في قانون الملكية العقارية البناني نص خاص بقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية ، فنصت المادة ٢٦٥ من هذا القانون على أن « ينقطع مرور الزمن أيضاً إذا طالب صاحب دار بحقه بدعوى قضائية ، بشرط ألا يكون قد ترك دعواه تسقط » .

النص على التقادم المكسب إلا المطالبة التنفيذية . ثم التنبية (١) والحجز (٢) والطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تقليس أو في توزيع ، فينترض كل ذلك دائماً يطالب بدين له ، فلا ينطبق إلا على التقادم المسقط .

وعلى ذلك ينقطع التقادم المكسب بمطالبة صاحب الحق بحقه مطالبة قضائية (demande judiciaire) ، أى بإقامة دعوى بحقه

(١) وقد يتصور أن يكون التنبية (commandement) قاضياً للتقادم المكسب فيما إذا كان المالك بيده ورقة رسمية تعطيه الخبز في تسليم المقر من الحائز فيستطيع أن ينبه على الحائز بموجب هذه الورقة تنبيهاً رسمياً أن يسلم إياه ، فيتقطع التقادم بهذا التنبية . كما يجوز أن ذلك يرفع دعوى استحقاق على الحائز فيقطع التقادم بهذه الدعوى ، ويحصل عن حكم بالاستحقاق فيبدأ سريان تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم . وبما أن ذلك بعد ذلك إلى التنبية على الحائز بموجب الحكم تمهيداً للتنفيذ ، فيقطع التقادم الجديد به تنبيه (تودى وتبييه) فقرة ٥١٢ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٢٦٤ - شفيق شحاتة فقرة ٢٩٢ ص ٢٩٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٧ ص ٤١٣) . وقد كان التقنين المدني السابق ينص صراحة على أن التنبية يقطع التقادم المكسب ، فكانت المادة ١١٠/٨٢ من هذا التقنين تنص على أن « تنقطع المدة المقررة لتسليم بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل أجنبي . وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك الاسترداد بأن كلف واضع اليد بالحضور للرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً لشروط اللازمة ولولم يشوف المدهي دعواه ، إنما يشترط في ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى الزمن » . وإذا قطع المالك التقادم بالتنبيه على الوجه سالف الذكر ، فإن تقادماً جديداً يسرى فوراً عقب التنبية (الوسط ٣ فقرة ٦٣٧ ص ١١١٧) .

أما تنبيه نزع الملكية وما يتبعه من إجراءات نزع الملكية فهى إجراءات موجهة من الدائن قبل مدينه ، وأثرها الوحيد هو قطع امدة المسقط للدين ، ولا تأثير لها على من يكون واضعاً يده على العقار المتزوع ملكيته وسائراً في طريق تملكه بمضى المدة ، فإن مدة وضع يده المكسبة للملك لا يقطنها إلا برفع دعوى الملكية عنه من المالك الحقيقي (استشف مصر ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٧١ ص ١٧٠) .

(٢) ويتصور بعض الفقهاء حرجاً في قطع التقادم المكسب بالحجز إذا وقع المالك حجزاً ضد الحائز لتوفاء بالتأجيل المحكوم بها الواردة في الحكم الذي يقضى بالاستحقاق (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٦٩ ص ٢٩٢ - شفيق شحاتة فقرة ٢٩٢ ص ٢٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٧ ص ٤١٤) . ويبدو أن توقيع الحجز في هذا الفرع إنما يقطع التقادم المسقط بالنسبة إلى المبالغ المحكوم بها ، أما إذا بدأ الحائز تقادماً مكسباً جديداً بالنسبة إلى الدين المحكوم باستحقاقه ، فإن الحجز لا صلة له بهذا التقادم الجديد ، والظاهر أنه لا يقطعه .

(citation en justice) (١) . فلا بد إذن أن يصل صاحب الحق ، حتى يقطع التقادم ، إلى حد المطالبة القضائية . فلا تكفى المطالبة الودية ولو بكتاب مسجل أو بإنداز رسمي على يد محضر (sommation) (٢) .

ولا يكفى لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية . كطلب وضع العين تحت الحراسة (٣) . كذلك لا يكفى لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضى الأمور المستعجلة ، لأن القضاء المستعجل غير مختص إلا بإجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق ، ويترتب على ذلك أن دعوى إثبات الحالة لا تقطع التقادم (٤) . ولكن إذا تضمنت المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل ، عن خطأ ، طلبات فى موضوع الحق ، أمكن اعتبار المطالبة القضائية فى هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق أمام محكمة غير مختصة فتقطع التقادم (٥) . ولا يكفى أيضا لقطع التقادم طلب المعافاة من الرسوم القضائية ، ولو انتهى

(١) ويعتبر مطالبة قضائية المطالبة بطريق الدفع ، والطلبات المعارضة ، ودعاوى المدعى عليه ، والتدخل فى الخصومة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٧٣ - ص ٤٧٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٧ ص ٧٢٨) . وتقول المادة ٣٨٣ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا : « وبأى عمل يقوم به الدائن لتسك بحقه فى إحدى الدعاوى » . أنظر نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٤ ص ١٨٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٩ ص ٦١٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥١ رقم ٣٩ - استئناف وطنى ٣ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٦ ص ٥٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٤٠ ص ٦١ - ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤١ ص ٧٢ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥ .

(٣) استئناف وطنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٣٠ ص ١٨٤ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٥٤ - فقرة ٣٥٥ .

(٤) بنى سويى ٢ يونيه سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ١٩ .

(٥) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ٤٣٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٩ - مارتى وريبنو فقرة ١٩١ ص ٢٠٥ هامش ٢ - أنسيكلوبيدى دالوز لفظ prescription civile فقرة ١٥١ .

الأمر إلى قبول الطلب ، فإن هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته (١) .
كذلك لا يكفي لقطع التقادم . المرفوع إلى سلطة إدارية ، فإن هذا انتظم
لا يعتبر مطالبة قضائية .

فالواجب إذن . لقطع التقادم . أن يطالب المالك الحائز بملكية العين
مطالبة قضائية ، أى أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق (٢) . وتصدر المطالبة
القضائية من المالك . أو من نائبه كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم أو دائر للمالك
بمعمل حقوق مدينه . ولما كان قطع التقادم لا يقتضى أهلية التقاضى بل تكفى
له أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية . لذلك يجوز للقاصر وللمن تتوافر فيه
أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التى تقطع التقادم . فنصح المطالبة
القضائية فى هذه الحالة من حيث أثرها فى قطع التقادم ولكن يجب للاستمرار
فى التقاضى من التوافر على أهلية التقاضى ، ومن ثم يجب أن يتدخل فى الدعوى
الولى أو الوصى أو القيم لتصحيح الاجراءات ولاستبقائها قائمة (٣) . وتوجه
المطالبة إلى الحائز الذى ينتفع بالتقادم أو إلى من ينوب عنه . فلو وجهت إلى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لايعاب على الحكم ألا يعد طلب الإعفاء من الرسوم
قاطعاً للدة ، ولو كان الفصل فيه قد تأخر أمام اللجنة حتى دلت مدة التقادم ولم يتسن لذلك رفع
الدعوى فى الوقت المناسب ، فإن صاحب الحق ، وهو المطالب بالمحافظة عليه ، قد كان عليه
أن يبادر بتقديم طلبه حتى لا يفوت عليه الوقت (نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة
عمر ٤ رقم ٧ ص ١٠) - وانظر استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم
٤٩٠ ص ٩٨٣ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢١٨ ص ٤١٨ - ١٣ مايو سنة
١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٧٦ ص ٢٣٨ .

(٢) ويطلبه بالعين ذاتها ، وقد قضت محكمة النقض بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق
مالاتمير قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابعه ، مما يجب
لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه . فإن تدير الحذف أو تغاير مصدرها ، فالطلب الحاصل
بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١
مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥١ رقم ٤١) .

وتعتبر الدعوى المرفوعة أمام محكمة قاطعة للتقادم ، ويورد التقادم إلى السريان عند
انتهاء مأمورية المحكمين (بودرى وتيسيه فقرة ٥١١) .

(٣) ويجوز لمن له حق إدارة الشركة أن يرفع الدعوى قبل الحصول على الإذن الواجب
من مجلس الإدارة ، فيقطع التقادم ، ثم يحصل بعد ذلك على الإذن الواجب للاستمرار فى الدعوى
وتصحيح الإجراءات (بودرى وتيسيه فقرة ٤٩٤) .

مستأجر منه ليست له صفة في تمثيله فإنها لا تقطع التقادم (١) . ويرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز لقطع التقادم طبقاً لأحكام المادة ٧٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . وتنص هذه المادة على أنه « على المدعى أن يقدم قلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة قلم الكتاب . ويقيّد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك ، بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها . وتعتبر الدعوى قاطعة للتقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، أما باقي الآثار التي ترتب على رفع الدعوى فلا تسري إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها . فتعتبر دعوى الاستحقاق إذن قاطعة للتقادم المكسب من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، ولو أن المدعى عليه الحائز للعين لم يعلن بعد بصحيفة الدعوى (٢) .

٣٩٦ - رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة : وقد جاء في صدر المادة

٣٨٣ مدني ، كما رأينا (٣) ، أنه « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة » . فإذا أخطأ المالك ورفع الدعوى على الحائز أمام محكمة غير مختصة ، فإن المطالبة القضائية تقطع التقادم بالرغم من عدم

(١) ولا يعتبر البائع مثلاً للمشتري في الدعوى اللاحقة للتاريخ الثابت لعقد البيع (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩) . وتوجه الدعوى في الوقت إلى ناظره (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٢٩) .

(٢) وروى المشروع الجديد لتقنين المرافعات تنص المادة ١/٦٣ منه على أن « ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » . فالأصل إذن ، طبقاً لمشروع تقنين المرافعات ، أن الدعوى تعتبر مرفوعة ، وتقطع التقادم ، من وقت إيداع صحيفة قلم كتاب المحكمة ، أي قبل تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين . وعلى المدعى عند تقديم صحيفة دعواه إلى قلم كتاب المحكمة أن يؤدي الرسم كاملاً (م ١/٦٥ مشروع تقنين المرافعات) ، ويقيّد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك . وعليه في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى قلم الكتاب (م ٦٧ مشروع تقنين المرافعات) .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٠ - ص ١٠٩٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٥ .

اختصاص المحكمة (١) . وذلك لسببين : (أولهما) أن القواعد التي يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة في بعض الأحوال . يلتبس الأمر على المالك ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، فرفع الدعوى يكنى لقطع التقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة . ويفرض القانون أن المالك لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا عن خطأ مفتر . إذ لا مصلحة له في تكبد المصروفات وإضاعة الوقت في رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا إذا كان قد وقع في هذا الخطأ (٢) . (والسبب الثاني) أن المالك ، وقد رفع الدعوى على الخائز يطالبه بحقه ، قد أظهر بذلك نيته المحققة في أنه يريد تقاضى هذا الحق قضائيا . ويستوى في ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة . وهذه النية من جانب المالك هي الأصل في قطع التقادم .

ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصا محليا أو غير مختصة اختصاصا نوعيا . ففي الحالتين ينقطع التقادم . ويبدو أن رفع الدعوى إلى محكمة لا ولاية لها (défaut de juridiction) ، كرفع الدعوى أمام القضاء الإداري وهي من اختصاص القضاء العادي أو العكس . يقطع التقادم لنفس السببين اللذين قدمناهما في رفع الدعوى إلى محكمة لا اختصاص لها ، فمسائل الولاية أشد تعقيدا في بعض الأحوال من مسائل الاختصاص . ونية المالك في المطالبة بحقه قضائيا محققة (٣) .

(١) استئناف مغلط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ .

(٢) لذلك إذا كان المدعى عالما بحقيقة الأمر أو كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الواضح بحيث لا يكون هناك أى محل لبس فليظهر أن التقادم لا ينقطع ، وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الدعوى بالدين الحال به لأجنبى أمام المحكمة المختلطة وحكم هذه المحكمة بعدم الاختصاص لأن الحوالة صورية لا يقطع التقادم إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة الوطنية المختصة (نقض ملى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥) . وقضى بأن رفع الدعوى ابتداء إلى محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم (استئناف مغلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٤) ، وبأن رفع دعوى الإرث أمام المحكمة الشرعية لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الخائز لعين من أعيان التركة (أسيوط الكلية ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢٨ ص ٢٥٨) .

(٣) استئناف وطني ٢٧ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٠ ص ١٣٥ - ٣٠ مارس سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١١١ ص ٢٦٥ - وقرب نقض ملى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٤٩ ص ٢٥٦ - عكس ذلك محمد هل عرفة ٢ فقرة ١٥٥ ص ٢٨٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٩ ص ٦١٤ .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٥ - ص ١٠٩٦ .

٣٩٧ - بطلان صحيفة الدعوى وترك الخصومة وسقوطها ورفض

الدعوى : تنص المادة ٢٢٤٧ مدني فرنسي على أنه « إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب في الشكل ، أو ترك المدعى الخصومة ، أو جعلها تسقط بمضي المدة ، أو رفضت دعواه ، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن » . وليس في التقنين المدني المصري مقابل لهذا النص ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه في مصر (١) .

فصحيفة الدعوى ، إذا كانت باطلة لعيب في الشكل ، فليس لها وجود قانوني . ولا يترتب عليها أي أثر ، ومن ثم لا تقطع التقادم (٢) .

كذلك إذا كان المالك ، بعد أن رفع الدعوى على الحائز فقطع التقادم ، ترك الخصومة بإعلان منه للحائز على يد محضر أو بتقرير منه في قلم الكتاب أو ببيان صريح في مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفوياً بالجلسة وإثباته في المحضر (م ٣٠٨ مرافعات) ، مع ملاحظة قبول الحائز لترك المالك الخصومة إذا كان الحائز قد أبدى طلباته في الدعوى قبل صدور الترك من المالك (م ٣٠٩ مرافعات) . فانه يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك صحيفة الدعوى والحكم على التارك بالمصاريف ، ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى (م ٣١٠ مرافعات) . ويخلص من ذلك أنه إذا ترك الدائن الخصومة على النحو الذي قدمناه ، ترتب على هذا الترك إلغاء صحيفة الدعوى وإلغاء ما ترتب عليها من آثار ، ومن ذلك

(١) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٣ - ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٣ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٨٠ .

(٢) نقض مدني ٧ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤ - استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥ - ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٩ . ومع ذلك فإن استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٥ - وينتقد الفقه الفرنسي التناظر بين الحكم القاضي بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم القاضي بأن المطالبة القضائية الباطلة شكلاً لا تقطع التقادم . مع أن تبطلان في الحالة الأولى يرجع إلى المالك وفي الحالة الأخيرة قد يرجع المحضر (مركاديه م ٢٢٤٢ فقرة ٣ - لوران ٣٢ فقرة ٩٧ - جيوار فقرة ٢٠٩ - بلانيول وريبير وبيكر ٣ فقرة ٧٣١ ص ٧٢٩ - ٧٣٠ - ودارن بودري وتيسيه فقرة ٤٩٨ ص ٢٧٦) .

انقطاع التقادم فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن . ويعتبر التقادم الذي كان قد بدأ سريانه مستمرا أبدا في السريان . فإذا كان التقادم وقت ترك الخصومة قد اكتمل . فإن الحائز يحسب الحق بالتقادم المكسب . أما إذا كان التقادم لم يكتمل . فإن ترك الخصومة لا يحسب الحق الذي رفعت به الدعوى . ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق . أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد (١) .

وإذا قضى بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي دون أن يسار في الدعوى بفعل المالك أو امتناعه . وذلك وفقا للمواد ٣٠١ - ٣٠٣ مرافعات . فإن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك صحيفة الدعوى . ولكنه لا يسقط الحق في أصل الدعوى (م ٣٠٤ مرافعات) . ويخلص من ذلك أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار . ومن ذلك قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن . وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية . فإن كان قد اكتمل وقت الحكم بسقوط الخصومة كسب الحائز الحق . وإن كان لم يكتمل فإن الحكم بسقوط الخصومة لا يسقط الحق نفسه . ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق . أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد . فإذا وقف السير في الدعوى أكثر من سنة ولم يطلب ذور الشأن من الخصوم الحكم بسقوط الخصومة . انقضت الخصومة في جميع الأحوال بنضي خمس سنوات على آخر إجراء صحيح (م ٣٠٧ مرافعات) . وانقضاء الخصومة يقع بحكم القانون ، بمجرد انقضاء خمس السنوات ، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك . ومنى انقضت الخصومة على هذا النحو . فقد ألغيت جميع إجراءاتها ، وألغيت صحيفة الدعوى وما ترتب عليها من الآثار . ويدخل في ذلك انقطاع التقادم . فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن . وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية . فإذا كان

(١) على أن ترك الخصومة ، إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، لا يكون من شأنه أن يلفي الأثر الذي ترتب على صحيفة الدعوى من قطع التقادم ، فقد تقدم القول إن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٨) .

قد اكتمل وقت انقضاء الخصومة ، فقد كسب الحائز الحق بالتقادم المكسب . وإن كان لم يكتمل استمر في السريان إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد .

بقي الفرض الأخير : وهو زوال انقطاع التقادم برفض الدعوى . وقد يقال ما دام المدعى قد رفضت دعواه ، فهو لا يستطيع رفعها من جديد ، وإلا دفعها الحائز : لا باكتمال التقادم بعد أن زال ما أصابه من انقطاع ، ولكن بقوة الأمر المقضى . فلا حاجة إذن للبحث في زوال انقطاع التقادم واحتمال تكامله بعد هذا الزوال . ولكن الفقه الفرنسي يجيب على ذلك بأن هناك أحوالا يفيد فيها القول بأن التقادم قد زال انقطاعه ، وأنه مستمر في سريانه منذ البداية . ويتحقق ذلك فيما إذا رفع المالك الدعوى على الحائز فقطع التقادم ، ثم رفضت دعواه لسبب لا يرجع إلى موضوع الحق . فقد ترفض دعواه مثلا بالحالة التي هي عليها ، فيستطيع رفعها من جديد بعد أن يستوفي الشروط التي كانت غير متوافرة . فإذا رفعت الدعوى الجديدة ، لم يستطع الحائز أن يدفعها بقوة الأمر المقضى ، ولكن له أن يدفعها بالتقادم إذا كان قد اكتمل . ولا يستطيع المالك أن يعترض على ذلك بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى . فإن الدعوى الأولى بعد أن رفضت قد زال أثرها في قطع التقادم^(١) .

٣٩٨ - ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية : وإذا

انقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية ، بقي أثر الانقطاع قائما ما دامت الدعوى قائمة . فإذا انتهت بحكم نهائي يقضى للمالك بطلباته ، واسترد المالك

(١) بودري وتيسيه فقرة ٥٠٥ - وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٦

- ص ١١٠٠ .

وقد يقضى بشطب الدعوى عملا بأحكام قانون المرافعات القديم ، وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه إذا كان قد قضى بشطب دعوى في ٢٠ من أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، فإن هذا القرار لا يترتب عليه إعمال الفقرة الثانية من المادة ٩١ مرافعات جديد باعتبار الدعوى كأن لم تكن ليقائها مشطوبة ستة أشهر دون أن يطلب المدعى السير فيها ، وذلك لصدور هذا القرار في ظل قانون المرافعات القديم المعمول به حتى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، مما يترتب عليه أن تظل الدعوى منتجة لكافة آثارها المتعلقة بقطع التقادم بالرغم من شطبها مادام أنه لم تتخذ بشأنها إجراءات سقوط الخصومة التي كان معمولا بها في ذلك القانون (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٥٦) .

العين ، ولكن الحائز عاد إلى حيازتها مدة أخرى بنية تملكها ، بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة ، ولو كان التقادم الأول يذهب من سنوات رأس الحائز أصبح متى النية . وكذلك يبدأ تقادم جديد ولو لم يسرد المالك العين وبقيت في يد الحائز ، واستمر هذا في حيازتها بنية تملكها (١) . أما إذا انتهت الدعوى برفض طلبات المالك (٢) ، أو بترك المالك للخصومة ، أو بسقوط الخصومة بسنة أو بخمس سنوات ، فقد قدمنا (٣) أن هذا يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما أحدثته من الآثار ومنها قطع التقادم ، فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن . وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية . وقد تنتهي الدعوى ، إذا رفعت إلى محكمة غير مختصة ، بحكم نهائي بعدم الاختصاص . وفي هذه الحالة تبقى صحيفة الدعوى حافظة لأثرها من قطع التقادم . ويظل التقادم منقطعاً طوال المدة التي تستغرقها الدعوى المقامة ، ثم يسرى من يوم صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص تقادم جديد له صفات التقادم الذي قطع ومدته . ويكون خاضعاً لنفس القواعد التي تسرى عليه (٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع أن مصلحة الأملاك أدت دعوى سنة ١٩٢٦ ضد الطاعن بطلب تثبيت ملكيتها إلى قدر معين من الأطنان قضى فيها ابتدائياً برفضها ، ولما استأنفته قضى في ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ بإلغاء الحكم المستأنف بتثبيت ملكيتها للقدر الذي قدمه ، فرفع الطاعن التماساً عن هذا الحكم قضى فيه بتاريخ ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ بعدم قبوله ، وقد ظل واضحاً يده على هذه الأطنان ولم تنفذ مصلحة الأملاك الحكم الصادر لها ، متى أنام الطاعن دعواه المائلة على المظنون عليها في ٩ فبراير سنة ١٩٤٧ بطلب تثبيت ملكيته لهذا القدر المقضى فيه لمصلحة الأملاك ، مؤسلاً دعواه على اكتمال تقادم جديد إثر صدور حكم محكمة الاستئناف في ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ ، فإن هذا التقادم لا ينقطع إلا بعمل جازم من قبل مصلحة الأملاك التي يسرى التقادم ضدها . وإذا كان التماس مرفوعاً من الطاعن فإنه لا يكون له أثر في قطع هذا التقادم ، ومن ثم فإن الحكم المظنون فيه إذ قضى على خلاف هذا النظر يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى إذا رفضت يزول أثرها في قطع التقادم ، فيعتبر الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذي كان قد بدأ قبل رفعها مستمراً في السريان (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦) . وانظر نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٠٤ ص ٧٣٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٧ .

(٤) نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣ - وانظر فيما تقدم بودري وتيسيه فقرة ٥٤٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٢ ص ٧٣١ -

الوسيط ٣ فقرة ٦٣٧ ص ١١٦ - ص ١١١٧ .

ولا يتعدى أثر انقطاع التقادم المالك الذى قطع التقادم . فإذا كانت أرض شائعة بين عدة ملاك ، وقطع أحدهم التقادم برفع الدعوى على الحائز ، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الملاك فى الشيوع الآخرين ، بل يقتصر أثر قطع التقادم على المالك فى الشيوع الذى قطع التقادم . وإذا حاز أرضاً عدة حائزين على الشيوع ، فقطع المالك التقادم بالنسبة إلى أحدهم برفع الدعوى عليه ، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الحائزين الآخرين (١) .

كذلك لا يتناول انقطاع التقادم إلا الحق الذى قطع فيه التقادم ، فلا يتناول أثر الانقطاع غيره من الحقوق . فإذا كان للمالك أرض حازها شخص بنية تملكها ، وحاز شخص آخر حق ارتفاق عليها ، وقطع المالك التقادم بالنسبة إلى حق الملكية فإنه لا ينقطع بالنسبة إلى حق الارتفاق ، أو قطع التقادم بالنسبة إلى حق الارتفاق فإنه لا ينقطع بالنسبة إلى حق الملكية (٢) .

٣٩٩ - السبب الثانى لانقطاع التقادم المكتسب - إقرار الحائز بحقوق

المالك : تنص المادة ٣٨٤ مدنى على أن « ١ - ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً . ٢ - ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت

(١) أوبرى ورو ٢٠٠٠ فقرة ٢١٥ وهامش ٦٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٥٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٢ ص ٧٣٢ - ولكن رفع الدعوى على الوقف يقطع التقادم ولو تغير ناظر الوقف الذى رفعت فى مواجهته الدعوى فيسرى انقطاع التقادم على النظار المتعاقبين ، لأن كلا منهما إنما يمثل الوقف نفسه (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٣٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق وما التحقق به من توابعه ، مما يجب لزوماً بوجوبه أن يسقط كذلك بسقوطه ، فإن تغير الحقان أو تغير مصدرهما ، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) . وقضت أيضاً بأن دعوى الضمان التى يرفها المشتري على البائع هى غير دعوى الاستحقاق التى يرفها البائع على المتعرض ، فرفع إحدى الدعويتين لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى الأخرى (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المجموعة ٢٠ رقم ٢٣ ص ٥٣) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦ .

وتحديد ما للمطالبة القضائية من أثر فى قطع التقادم وما يشترط فى هذه المطالبة حتى تقطع التقادم ، كل ذلك من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) .

يد الدائن مالا، وهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين « . ولا ينطبق من هذا النص على التقادم المكسب إلا الفقرة الأولى . أما الفقرة الثانية فيقتصر تطبيقها على التقادم المسقط .

وعلى ذلك ينقطع التقادم المكسب بإقرار الحائز بحق المالك . فإذا مضت مدة على حيازة الحائز دون أن يتكامل التقادم ، ثم أقر الحائز أن العين ملك لصاحبها ، فإنه يكون بهذا الإقرار قد نزل عما انقضى من مدة الحيازة . ولما كان النزول عن مدة التقادم كلها يعد تكاملا جائزا ، فأولى أن يجوز النزول عن بعض مدة التقادم بعد انقضائها . ويؤدى ذلك إلى انقطاع التقادم الذى كان ساريا وعدم الاعتداد بالمدة التى انقضت ، وابتداء تقادم جديد من وقت صدور الإقرار . وليس الإقرار بحق المالك القاطع للتقادم هو مجرد تقرير للواقع ، وإلا لما كان من شأنه أن يقطع التقادم ، فان تقرير الحائز أن العين مملوكة لصاحبها لا يتعارض فى طبيعته مع سريان التقادم . ولكن لإقرارهنا ينطوى على نزول الحائز عن الجزء الذى مضى من مدة التقادم ، فهو كإقرار المدعى عليه أمام القضاء واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى هو نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه (١) .

ويشترط فى إقرار الحائز بحق المالك ، وهو الإقرار الذى يقطع التقادم المكسب ، أن يكون الحائز متوافرا على أهليه التصرف فى العين التى يخوزها . ذلك لأن هذا الإقرار قطع التقادم ، ولو لم يقطعه فأكملت مدته لملك الحائز العين ، فالإقرار إذن ينطوى على ضرب من التصرف فى العين (٢) . وهذا بخلاف التقادم المسقط ، فالإقرار الذى يقطع هذا التقادم لا يشترط فى صحته أهلية التصرف ، بل تكفى أهلية الإدارة . ذلك لأن الإقرار القاطع للتقادم المسقط يتمحض نزولا عن مدة التقادم ولا ينطوى على تصرف فى الحق ، فالصبي المميز لإقراره صحيح وقاطع للتقادم المسقط فى حدود أهليته للإدارة (٣) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٢٤٩ .

(٢) عكس ذلك شقيق شحاته فقرة ٢٩٢ من ٣٠٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢٦

من ٥٥٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ من ٦١٨ .

(٣) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٣٣ من ١١٠٨ - وانظر فى وجوب أهلية التصرف

فى الإقرار القاطع للتقادم المكسب دون التقادم المسقط أربري ورو ٢ فقرة ٢١٥ من ٤٨٤ -

من ٤٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٣ من ٧٣٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه

١ فقرة ٣٢٠٠ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٨٠ - محمد على عرفة فقرة ١٥٧ - ولكن

أنظر مع ذلك بودرى وبوسيه فقرة ٥٣٤ - فقرة ٥٣٥

وإقرار الحائز بحق المالك ، على النحو الذى بيناه ، تصرف صادر من جانبه وحده . فلاحاجة لقبول المالك لهذا الإقرار ، ولا يجوز للحائز بعد الإقرار أن يرجع فيه (١) .

٤٠٠ - الإقرار الصريح والإقرار الضمنى : ويكون إقرار الحائز بحق

المالك لإقراراً صريحاً ، أو إقراراً ضمنياً .

والإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل خاص ، فإى تعبير عن الإرادة يفيد معنى الإقرار يكتفى . وقد يكون مكتوباً أو غير مكتوب ، فى صورة رسالة أو فى غير هذه الصورة ، موجهاً إلى المالك أو غير موجه إليه . وقد يكون فى صورة اتفاق بين الحائز والمالك ، أو فى صورة اتفاق بين الحائز والغير ، أو صادراً من جانب الحائز وحده دون أى اتفاق . وقد يرد الإقرار الصريح فى محضر جرد لحصر تركة المالك فيقر الحائز فى هذا المحضر بأن العين التى فى حيازته هى ملك للميت ، أو فى إيجاب صادر من الحائز دون أن يقترن به قبول من المالك ، أو فى مذكرات يتقدم بها الحائز فى قضية لا يكون المالك خصماً فيها ، أو فى عقد قسمة ، أو فى تصفية شركة ، أو فى تصرف قانونى حكم بطلانه دون أن يمس البطلان بالحق الوارد فى هذا التصرف (٢) .

والإقرار الضمنى يستخلص من أى عمل يمكن أن يفيد معنى الإقرار . فيعتبر إقراراً ضمنياً مفاوضة الحائز للمالك فى دفع تعويض له عن العين ، أو دفع الحائز الضرائب عن العين لحساب المالك ، أو تسليم الحائز ثمار العين للمالك . وإذا عرض الحائز على المالك أن يدفع مبلغاً على سبيل الصلح ، لم يعتبر هذا العرض إقراراً ضمنياً بحق المالك ، إذ أن رغبة الحائز فى الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حتماً أنه يقر بحق المالك (٣) ، وقاضى الموضوع هو

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٣ - وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٣٣ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٥٢٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٣ ص ٧٢٢ - اوقد قضى بأن القضاء بطلان الصلح الذى تضمن الإقرار لا يزيل ما ترتب على الإقرار من قطع التقادم (طنطا الكلية ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٤ رقم ٢٢٣ ص ٤٣٢) . وقضى بأن بطلان التسوية المنطوية على الإقرار يبق الإقرار قائماً قاطعاً للتقادم (استئناف محتلط ٢١ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٧) . وقضى بأن الإقرار الحاصل فى أثناء سير الإجراءات يقطع التقادم مستقلاً عن هذه الإجراءات ، ولا يزول أثره بإبطالها (استئناف محتلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٤) .

(٣) نقض فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٢٠٤ .

الذي يقدر ما إذا كان العمل الذي صدر من الحائز ينطوي على إقرار ضمني .
ولا معقب على تأييده من محكمة النقض (١) .

٤٠١ - إثبات الإقرار : ولما كان الأقرار واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني ، ويغلب فيها معنى التصرف القانوني كما هو الأمر في الوفاء ، فإن إثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني ولو كان صادراً من جانب واحد . فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا كانت قيمة العين التي يراد قطع التقادم فيها لا تزيد على عشرة جنيهات . فإن زادت وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . وعقب الإثبات يقع على المالك الذي يدعى انقطاع التقادم (٢) .

٤٠٢ - ما يترتب على انقطاع التقادم المكتسب بإقرار الحائز بحق المالك :

المالك : إذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار الحائز بحق المالك لم يعتد بمدة الحيازة التي سبقت هذا الإقرار وتعتبر كأن لم تكن . ولكن إذا بقي الحائز على حيازته للعين بنية تملكها ، بدأ سريان تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة فوراً عقب هذا الإقرار . وذلك حتى لو كان الحائز في مدة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القاطع للتقادم سائت واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٥ ص ١٥٦٧) . وقضت في الحكم الأول من الحكمين المتقدمين بأن المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتباً على اعتراف واضح اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافاً يجب الرجوع و استنفاده إلى فعل مادي مختلف على دلالة أوراق ومقدمة في الدعوى مختلف على دلالتها الصريحة أو الضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أو اقتضاؤه . في الحالة الأولى لا رقابة لمحكمة النقض ، لأن حكم القاضي فيها يكون سنياً على ما استنتجه من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها العقلية . أما في الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لو ورقة الطلب من الأثر القانوني في قطع التقادم ، وعلى من تكون الورقة قاطعة ، وفيه تكون ، أي على ما اشترطه القانون في ورقة الطلب (demand enjustice) من الشرائط القانونية ، فيكون فصل القاضي في ذلك فصلاً في مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) .

وانظر فيما تقدم بلا نيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٣ ص ٧٣٣ - الوسيط ٣ فقرة ٦٣٤ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٥ - الوسيط ٣ فقرة ٦٣٥ ص ١١١٢ .

حيازته الأولى حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان يستطيع التملك بالتقادم القصير أى بخمس سنوات . فانه بعد أن أقر بحق المالك انقطاع هذا التقادم ، والتقادم الجديد الذى بدأ سريانه عقب انقطاع التقادم السابق لم يكن فيه حسن النية بعد أن أقر بحق المالك (١).

بل إن إقرار الحائز بحق المالك قد يكون مصحوباً بنية أن يكون الحائز من وقت الإقرار حائزاً لحساب المالك ، كما لو استأجر الحائز من المالك العين التى يحوزها : فأقر على هذا الوجه بحق المالك وفى الوقت ذاته أصبح يحوز العين لحساب المالك وانقلبت حيازته من حيازة أصيلة إلى حيازة عرضية . ففى هذه الحالة لا يبدأ تقادم جديد عقب إقرار الحائز بحق المالك على هذا النحو : بل تبقى حيازته حيازة عرضية غير صالحة للتملك بالتقادم أصلاً (٢) . وذلك إلى أن تتغير صفة الحيازة العرضية فتصبح حيازة أصيلة مرة أخرى بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر من الحائز نفسه يعتبر معارضة لحق المالك ، فيبدأ سريان تقادم جديد ولكن من تاريخ تغير صفة الحيازة (٣).

٤٠٣ - السبب الثالث لانقطاع التقادم المكتسب - نحلى الحائز عن الحيازة

أو فقره إياها - نص قانونى : تنص المادة ٩٧٥ مدنى على ما يأتى :

- (١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٤ ص ٧٣٣ - بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣٢٠٢ ص ١٠٤٢ - كاربونييه ص ٢١١ محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٣ - ٢٩٤ - وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦٢٠ - ص ٦٢١ .
- (٢) وقد نفت محكمة النقض بأن الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة ، مهما طالت مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ١١٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٤٥٢ ص ١٠٩٨) .
- وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٩٦ - بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣٢٠٢ - كولان وكابيتان ودى لاموراندويرا فقرة ١١٨٩ - كاربونييه ص ٢١١ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٤ - ص ٢٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦٢١ .
- (٣) ويلاحظ أن مجرد إقرار الحائز بحق المالك لا يترتب عليه وحده تحول صفة الحيازة إلى حيازة عرضية، إذ لا تعارض بين هذا الإقرار وبين بقاء الحائز حائزاً لحساب نفسه وإن أقر بحق المالك . فلا بد إذن لتحول الحائز إلى حيازة عرضية عن طريق الإقرار بحق المالك ، أن يصحب هذا الإقرار ما يدل على أن الحائز أصبح يحوز العين لحساب المالك لا لحساب نفسه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٤) .

١ - ينقطع التقادم المكسب إذا نفي الحائز عن الحيابة أو فقدها ولو بفعل الغير .

٢ « غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيابة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد » . (١)

وواضح ، كما قدمنا (٢) ، أن هذا السبب لقطع التقادم ينفرد به التقادم المكسب دون التقادم المسقط . لأن المفروض فيه أن تزول الحيابة والحيابة لا تكون إلا في التقادم المكسب . ويؤخذ من النص سالف الذكر أنه إذا زالت الحيابة قبل أن يكتمل التقادم المكسب . فإن هذا التقادم ينقطع . ذلك بأن التقادم المكسب يقوم على أساسين : بقاء الحيابة عند الحائز المدة اللازمة قانوناً ، وعدم مطالبة المالك بحقه . فإذا اختل أحد هذين الأساسين ، بأن لم تبقى الحيابة عند الحائز إلى أن تكتمل مدة التقادم ، أو طالب المالك بحقه (أوما

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٦ على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٧ . وفي لجنة مجلس الشيوخ مثل كيف لا ينقطع التقادم بفقد الحيابة إذا استردها الحائز في خلال سنة . فأجيب « بأن هذا قاصر على فقد الحيابة المادية ، وعكس ذلك في التخل فان الانقطاع فيه ولو يوماً واحداً يكون لقطع المدة . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٧٥ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته بلته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٦ - ص ٥٠٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٠/٨٢ : تنقطع المدة المقررة لتلك بوضع اليد ، إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبي (وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦١ : لا ينقطع التقادم بفقد الحيابة إذا استردها الحائز خلال سنة ، أو رفع دعوى إعادة اليد في هذا الميعاد . (وتتفق أحكام التقنين العراقي مع أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٢٦٤ : ينقطع مرور الزمن عندما يفقد مدعيه اليد ، حتى ولو فقدها بسبب شخص ثالث . (وتتفق أحكام قانون لبنان مع أحكام التقنين المصري) (٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٤ .

يعتد ذلك، أقر له الحائز بهذا الحق) ، فإن التناقص المكسب ينقطع : ولا
يعتد بالمدة التي سبقت انقطاعه (١) .

وقد سبق أن بينا (٢) كيف تزول الحيازة . فهي تزول بفقد عنصرها
المادى والمعنوى معاً . ولإبرادة الحائز وحده ، فيتخلى هذا عن حيازة
العين ، ويغلب أن يكون ذلك في المنقول دون العقار . وقد تزول الحيازة
بفقد الحائز للعنصر المادى وحده أى للسيطرة المادية على العين ، ويفقد
الحائز هذه السيطرة إذا انتزع منه المالك نفسه أو الغير حيازته للعين عقاراً
كانت أو منقولاً ، أو سرقت منه العين أو ضاعت إذا كانت منقولاً . ففي
هذه الفروض يفقد الحائز الحيازة بفقد السيطرة المادية ، مهما استبقى العنصر
المعنوى واحتفظ بالقصد ، فإن عنصراً من عنصرى الحيازة قد فقد فتزول
بفقد الحيازة (٣) وقد تزول الحيازة بفقد الحائز عنصرها المعنوى وحده ،
فيفقد عنصر القصد في أن يحوز العين لحساب نفسه ويصبح حائزاً لها حيازة
مادية لحساب الغير ، وتتحول حيازته بذلك إلى حيازة عرضية غير صالحة
لأن تؤدي إلى التناقص المكسب (٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢١ - بلانيول وريبير وبولابيه ١ فقرة
٢١٨٤ ص ١٠٢٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ - فقرة ٣١١ .

(٣) ويلاحظ ما تنقضى به المادة ١/٩٥٧ مدى من أنه لا تنقضى الحيازة إذا حال
دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقى ، والمفروض أن المانع الذى حال دون
مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعى أوقوة قاهرة وأنه مانع وقى زواله مترقب ،
وذلك كفيضان غمر الأرض لمدة مؤقتة ولا يلبث أن ينحصر فتعود لحائز الأرض السيطرة
المادية عليها . فلا تعتبر الحيازة في هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة المادية ، ويبقى الحائز
على حيازته للأرض حتى في أثناء المدة التي غمرها الفيضان فيها (أنظر آنفاً فقرة ٣١٠) .

(٤) ولا يعتبر فقداً للحيازة بقطع التناقص أن يكون الحائز الذى انتقلت إليه الحيازة إنما
يحوز لحساب الحائز السابق الذى انتقلت منه الحيازة . وقد قصت محكمة النقض في هذا المعنى
بأنه إذا عين البنك العقاري حارساً على الأرض للمحافظة على حقوق الدائنين ، وتسلم هذه الأرض،
وارتفعت يد مالكيها عنها ، فإن ذلك لا يصلح اعتباره قطعاً للتناقص ، لأن وضع يد البنك
على الأرض بهذه الصفة لم يكن ملحوظاً فيه أن ينتفع البنك بها لنفسه ، بل ليحصل غلتها ويستوفى
منها دينه ثم يرد ما بقى منها للمالك (نقض مدى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٢ رقم ٣٦
ص ٩٣) . وقضت أيضاً بأن وضع يد النير على النمين لا يكون قطعاً للتناقص إلا إذا كانت
حيازته لها لحساب نفسه ، فإذا كان هذا الغير قد عرض على النمين في وضع اليد تعريضاً -

وسواء فقد الحائز الحيازة بالتخلي عنها وهذا فرض نادر . أو فقدتها بفقد العنصر المادى وحده أو العنصر المعنوى وحده على النحو سالف الذكر . وسواء كان من انتزع منه الحيازة هو المالك نفسه أو الغير . فان الحيازة تزول ، ومن ثم ينقطع التقادم إذا كانت مدته لم تكتمل .

وقطع التقادم يفقد الحيازة على الوجه المتقدم الذكر له أثر مطلق ، فينقطع التقادم . لا بالنسبة إلى من انتزع الحيازة وحده . بل أيضاً بالنسبة إلى كل ذى مصلحة في التمسك بقطع التقادم . فلو أن عيناً يملكها شخصان على الشيوع . ووضع شخص ثالث يده عليها . ثم انتزع أحد المالكين على الشيوع الحيازة من واضع اليد ، فان التقادم ينقطع . لا بالنسبة إلى المالك الذى انتزع الحيازة وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى المالك الآخر على الشيوع الذى لم ينتزع الحيازة . ذلك بأن فقد الحيازة أمر مادى ، حقيقة واقعة تنتج أثرها بالنسبة إلى الجميع . وليست كالتصرف القانونى يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه (١) .

٤٠٤ - ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بتخلي الحائز عن الحيازة

أو فقده إياها : يجب فى هذا الصدد التمييز بين تخلى الحائز عن الحيازة اختياراً ، وبين فقده إياها بغير إرادته .

ففى حالة تخلى الحائز عن الحيازة اختياراً ، ينقطع التقادم بمجرد هذا التخلي ، ولو استرد الحائز الحيازة بعد يوم واحد من تخليه عنها . فلو أن الحيازة قبل التخلي دامت وقتاً طويلاً دون أن تكتمل مدة التقادم . فان هذا الوقت الطويل الذى سبق التخلي لا يعتد به ما دام التقادم قد انقطع . وإذا استرد الحائز الحيازة بعد التخلي ، فانه يبدأ حيازة جديدة . ويبدأ بذلك سريان تقادم جديد من وقت استرداد الحائز للحيازة (٢) .

= تمريضاً عن مدة حيازته . فان يده على العين تكون بمثابة استمرار يد ذى الشأن عيب . وإذن فالحكم إذا أسقط من مدة التقادم المدة التى استولت فيها السلطة العسكرية البريطانية على الأرض المتنازع عليها مقابل تمريض دفته لدى اليد ، باننا ذلك على أن هذا الاستيلاء يقطع التقادم لأنه كان يفعل أجنبى ليس بينه وبين ذى اليد اتفاق يجعله نائباً عنه و وضع اليد - هذا الحكم يكون محطاً متيناً نقضه (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥ ص ٣٧) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٤ -

بلانيول وريبير وبولابجه ١ فقرة ٣١٨٧ .

(٢) بودرى ونيسيه فقرة ٤٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣ .

وفي حالة فقد الحائز الحيازة بغير إرادته ، وكانت العين عقاراً (١) ، فإن للحائز أن يسترد العقار بدعوى الحيازة (دعوى استرداد الحيازة أو دعوى منع التعرض) في خلال سنة من وقت فقده إياها . فإن استرد الحيازة فعلاً في خلال سنة ، أو رفع دعوى الحيازة في خلال هذه المدة وهي المدة التي يجوز في أثناءها رفع دعاوى الحيازة وانتهت الدعوى باسترداد الحيازة ولو بعد انقضاء السنة (٢) ، فإن الحيازة لا تعتبر قد زالت أصلاً ، بل تعتبر باقية دائماً لدى الحائز وذلك بالرغم من أنه كان قد فقدها (٣) . وعلى ذلك لا ينقطع التقادم ، بل يستمر سارياً كما لو كانت الحيازة لم تفقد ، وذلك إلى أن تكتمل مدة التقادم أو إلى أن يقطع بسبب من أسباب الانقطاع التي سبق بيانها . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٧٥ مدني في هذا الشأن كما رأينا (٤) : « غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة ، أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد » (٥) . والمفروض أن العين عقار ، وإن كان النص لم يصرح بذلك ، حتى يمكن أن يرفع في شأنها دعوى الحيازة . فإذا لم يسترد الحائز الحيازة في مدة السنة . ولم يرفع في خلال هذه المدة دعوى الحيازة لاستردادها ، فإن التقادم ينقطع في هذه الحالة بانقضاء السنة (٦) .

(١) أما إذا كانت العين منقولا ، وفقد الحائز حيازة هذا المنقول بغير إرادته ، فإن التقادم ينقطع بفقد الحيازة . فن أضاع منقولا فقد حيازته ، وليس له أن يستبق الحيازة بمحض نيته ولو لم يفقد الأمل في العثور عليه (أنظر آنفاً فقرة ٣١٠) ، ويترتب على فقد الحيازة انقطاع التقادم . فإذا استرد الحائز حيازة المنقول بعد أن فقدها ، بدأت حيازة جديدة وبدأ معها سريان تقادم جديد .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٤٦٩ ص ٣٥٥ .

(٣) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٣ .

(٥) وهذا هو عين ما قرره محكمة النقض و عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح في هذا المعنى . فقد قضت بأنه مادام القانون المصري قد حدد لقبول دعوى إعادة وضع اليد نفس المدة التي حددها القانون الفرنسي ، فقد دل بذلك على أنه قصد هو الآخر إلى أن الحكم بإعادة وضع يد الحائز يزيل شائبة الانقطاع الطبيعي ، فتكون الحيازة رغم ما طرأ عليها مستمرة لها كل نتائجها (نقض مدني ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٦ ص ٩٣) . فتقنين التقنين المدني الجديد ما سبق أن قرره القضاء في هذه المسألة

(٦) بودري وتيسيه فقرة ٤٦٩ و فقرة ٤٧١ مكررة .

ولا يبدأ سريان تقادم جديد إلا إذا استرد الخائر حيازة العقار بعد انقضاء السنة .
وعندئذ يبدأ سريان هذا التقادم الجديد من وقت استرداد الخائر للحيازة .

المطلب الثامن

إعمال التقادم المكسب والآثار التي تترتب عليه

§ ١ - أعمال التقادم المكسب

٤٠٥ - وجوب التمسك بالتقادم المكسب وجواز النزول عنه بمر

الكمال - سريانه قواعد التقادم المسقط : إذا اكتملت مدة التقادم ، بعدم مراعاة أسباب الوقف والانقطاع على النحو الذي تقدم ذكره . فإن الحق لا يكسب بالتقادم من تلقاء نفسه ، بل لا بد للحائز من أن يتمسك به ، بل إنه يجوز للحائز ، بعد اكتمال مدة التقادم ، ألا يتمسك به وأن ينزل عنه . فيبقى الحق لصاحبه ولا يكسب الحائز بالتقادم .
فهناك إذن مسألتان : (١) وجوب التمسك أو الدفع بالتقادم . (٢) النزول عن التقادم . وفي كلتا المسألتين تسرى قواعد التقادم المسقط . فقد رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدني تقضي بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه .

١. وجوب التمسك بالتقادم المكسب والرفع بالتقادم :

٤٠٦ - قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب :

تنص المادة ٣٨٧ مدني ، فيما يتعلق بالتقادم المسقط . على أنه « ١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها . بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين . ٢ - ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية » (٢) .

فإذا طبقنا هذا النص على التقادم المكسب ، فنخلص لنا ما يأتي :

١ - لا تقضي المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك

(١) انظر آتية فقرة ٤٠٧ .

(٢) انظر تاريخ هذا النص وما يقبضه من تفسيرات من قبل وزارة العدل في مجلدات

العربية وأخرى : الوسيط ٣ فقرة ٢٥٥ .

به . ٢ - ويتمسك بالتقادم المكسب الحائز وكل ذي مصلحة . ٣ - ويجوز التمسك بالتقادم المكسب في أية حالة كانت عليها الدعوى .

٤٠٧ - لا تخفى المفكرة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد

من التمسك به : لا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بكسب الحق بالتقادم ، بل يجب على ذي المصلحة أن يتمسك به . فإذا ما تمسك به ذو المصلحة ، وجب على المحكمة أن تقضى به . وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته في أن يجري التقادم ، بل إن التقادم يقع من غير هذا الإعلان . وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دفعا (exception) يدفع به الحائز دعوى المالك ، ولا بد لدى الشأن من إبداء هذا الدفع والتمسك به (١) .

وليس للتمسك بالتقادم شكل خاص ، فأية عبارة تدل في وضوح على أن الحائز يتمسك بالتقادم تكفي . ولكن لا يكفي أن يتمسك الحائز بالتقادم في مرافعته الشفوية دون أن يضمن ذلك طلباته الختامية ، ولا يكفي تمسكاً بالتقادم ما كان عاماً من طلباته الختامية ، كالتردد إلى المحكمة في أن تأخذ بما ترى الأخذ به من الدفع (٢) . ذلك بأن التمسك بالتقادم يجب أن يكون طلباً قائماً بذاته ، ولا يندرج في طلب أصلي عام (٣) . ويجب أن يقع التمسك به أمام القضاء ، فلا يكفي التمسك به في أثناء محاولات الصلح . وإذا تمسك الحائز بالتقادم أمام محكمة أول درجة فقصت له بذلك ، فبحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكاً بالتقادم أمام هذه المحكمة . أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى دون نظر إلى التقادم ، فانه لا يكفي في الاستئناف أن يطلب تأييد

(١) ويخلص من ذلك أمران : (أولاً) أن التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً acte juridique قائماً على إرادة الحائز المنفردة volonté unilatérale ، بل هو دفع يدفع به الحائز مطالبة المالك (ثانياً) وهذا الدفع لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يتمسك به ذو المصلحة ، لأنه لا يعتبر من النظام العام وإن كان يمت للمصلحة العامة .

(٢) بودري وتبسيه فقرة ٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ من ٧٤٥ -

بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢١٨ .

(٣) نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٤١ مجمعة عمر ٤ رقم ١٥٢ من ٤٢٢ .

الحكم المستأنف ، بل لا بد له من التمسك بالتقادم من جديد (١) . والتمسك بالتقادم الطويل لا يغني عن التمسك بالتقادم القصير (٢) . وكذلك التمسك بالتقادم القصير لا يغني عن التمسك بالتقادم الطويل . إذ (٣) أن لكل تقادم شروطه وأحكامه (٤) .

وقد أوجب القانون على ذي المصلحة أن يتمسك بالتقادم للأسباب الآتية : ١ - ليس كسب الحق بالتقادم من النظام العام . فهو وإن كان مبنياً على اعتبارات تمت للمصلحة العامة لضمان الأوضاع المستقرة . إلا أنه يتصل مباشرة بمصلحة الحائز الخاصة . فالخائر وشأنه . إن رأى أن يتمسك بالتقادم كان له ذلك . وإن أراد النزول عن هذا الدفع صح نزوله . ٢ - هذا إلى أن التمسك بالتقادم أمر يتصل اتصالاً وثيقاً بضمير الحائز . فان كان الحائز مطمئناً إلى أن له حقاً ، دفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات حقه بعد هذه المدة الطويلة . أما إن كان يعلم ألا حق له . وتخرج من التذرع بالتقادم . فقد فتح

- (١) بودري وتيسيه فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣ و فقرة ٤٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ - بوسيط ٣ فقرة ٦٤٣ .
(٢) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا تمسك الحائز بالتقادم الطويل . كان سمحكة أن تبحث من تلقاء نفسها في توافر شروط كسب الحق بالتقادم القصير (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٧ - ديجون ٩ يناير سنة ١٨١٨ سيرة ٧٨ - ٢ - ٨٥) . ولكن التمسك بالتقادم الطويل لا يقتضي النظر في شرطى اسبب صحيح وحسن النية الواجب توافرها في التقادم القصير . وحتى يمكن النظر في هذين الشرطين يجب التمسك بالتقادم القصير ، فلا يغني إذن عن التمسك به التمسك بالتقادم الطويل (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨١ ص ٤٣١ هامش ١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٠ ص ٥٨٣) .
(٣) وهناك رأى يذهب إلى أن التمسك بالتقادم القصير إذا استبعدته المحكمة وجب عليه ، دون طلب خاص ، البحث في انطباق التقادم الطويل (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٠ ص ٥٨٤) . ولكن النظر في استكمال المدة من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة يقتضي التحقق . إذا كانت الحياة قد استمرت دون توقف أو انقطاع في عشر السنوات التالية لخمس السنوات الأولى ، ولا يجوز ذلك إلا إذا تمسك الحائز بالتقادم الطويل ، فلا يغني إذن عن التمسك به التمسك بالتقادم القصير (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨١ ص ٤٣١ هامش ١) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالتقادم لا يشمل بالنظام العام . وينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع في عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام . ولا يغني عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى . كما لا يبي عنه التمسك بروع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) .

له القانون الباب لذلك عن طريق عدم التمسك بالتقادم. ٣- يضاف إلى ما تقدم أن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضي أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات ، فلا بد من أن يثيره الخصوم ويكون محلاً لمناقشتهم حتى يتمحص وجه الحق فيه (١) .

٤٠٨ - يتمسك بالتقادم المكسب الحائز وكل زى معلومة : والأصل

أن الحائز هو الذى يتمسك بالتقادم المكسب ، كما يتمسك به خلف الحائز عاماً كان أو خاصاً . فلوارث الحائز أن يتمسك بالتقادم ، وللمشتري من الحائز كذلك أن يتمسك به ، بل إن مدة الحائز قد تضم إلى مدة خلفه ليكتمل التقادم كما سبق أن بينا (٢) .

كذلك يستطيع أن يتمسك بالتقادم كل ذى مصلحة (٣) ، وبوجه خاص دائنو الحائز . فيجوز لدائن الحائز أن يتمسك بالتقادم نيابة عن مدينة الحائز (الدعوى غير المباشرة) ، ولا يعترض على ذلك بأن هذا التمسك حق متصل بشخص المدين فلا يجوز للدائن استعماله . ذلك بأن من حق الدائن أن يعتمد على أن مدينة الحائز قد ملك العين بالتقادم ، فيستطيع هو أن ينفذ عليها باعتبارها داخلة في أموال مدينة (٤) . ومهما يكن من أمر ، فنص المادة ١/٣٨٧ مدنى صريح ، كما رأينا (٥) ، فى جواز أن يستعمل الدائن حق مدينة الحائز فى التمسك بالتقادم . وقد يعترض أيضاً بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقاً . والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين . ولكن النص صريح هنا فى جواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينة فى التمسك بالتقادم ،

(١) أنظر بدرى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢ - الوسيط ٣ فقرة ٦٤٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٦ .

(٣) فيجوز للبائع ، ولمن لا يزال دائناً للمشتري بالثمن كالحال له بالثمن من البائع ، أن يتمسك بالتقادم الذى تم لمصلحة المشتري ، وذلك حتى يتمكن من التنفيذ بالثمن على المقار المبيع (استئناف مخطط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٥ - نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٥١ - دالوز ٥١ - ١ - ٢٦١ - أنسيكلو بيدى دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٢٤٢) .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٢ - بلانيول وريبير وبيلابيه ١ فقرة

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٦ .

وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في الدعوى غير المباشرة (١) هذا وسنرى أنه كما ثبت للدائن أن يستعمل حق مدينه الحائز في التمسك بالتقدم وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى ، كذلك يثبت له ، إذا لم يتصر الحائز على الامتناع عن التمسك بالتقدم بل خطأ خطوة أخرى إيجابية ونزل عن التقدم أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى . فللدائن إذن أن يستعمل حق مدينه الحائز في التمسك بالتقدم وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة ، إذا سكت الحائز عن التمسك بالتقدم . وله كذلك : إذا نزل الحائز عن التقدم ، أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية ، حتى إذا نجح في طعنه حمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقدم نيابة عن الحائز . فهو إذا طعن بالدعوى البولصية ، لم يكن له بد ، بعد أن ينجح في طعنه ، من الانتقال إلى الدعوى غير المباشرة (٢) .

٤٠٩ — يجوز التمسك بالتقدم المكسب في أية حالة كانت عليها الدعوى : ولا كان التمسك بالتقدم المكسب دفعاً موضوعياً ، فان لذى المصلحة أن يتمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى (٣) . فله أن يتمسك به منذ البداية . وقبل الدخول في أى دفع موضوعى أو شكلى . وله أن يؤخره إلى أن يستنفد جميع دفعه الأخرى الشكلية والموضوعية . فاذا لم ينجح فيها عمد بعد ذلك إلى الدفع بالتقدم (٤) . وكل ما ينبغى أن يحتاط له أمران : ١ — ألا ينطوى تأخير الدفع بالتقدم على معنى النزول عنه ضمناً ، فانه إذا نزل عنه لم يعد بعد ذلك أن يعود إليه . ومن ثم كان من المناسب ، وهو يبدى أوجه دفاعه الأخرى ، أن يذكر أن عنده دفعاً بالتقدم يؤخره إلى ما بعد أن ينتهى من أوجه الدفاع التى يبدىها . ٢ — ألا يؤخر الدفع بالتقدم إلى ما بعد إقفال باب المرافعة ، فانه إذا أقفل هذا الباب فليس له بعد ذلك أن يبدى أى طلب (٥) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ .

(٢) أنظر و ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٤٨ و فقرة ٦٥٠ .

(٣) استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٢ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٤٨ — فقرة ٤٩ .

فان فات الحائز الدفع بالتقادم أمام محكمة أول درجة ، فانه يستطيع ،
 ما لم ينظر تركه للدفع أمام محكمة أول درجة على معنى النزول ، أن يدفع
 بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى
 إلى وقت إقفال باب المرافعة (١) .

فاذا لم يدفع الحائز بالتقادم لا أمام محكمة أول درجة ولا أمام المحكمة
 الاستئنافية ، فليس له أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) . ذلك
 بأن محكمة النقض لا تستطيع أن تنظر أوجها جديدة لم يسبق الدفع بها أمام
 محكمة الموضوع ، وليس الدفع بالتقادم كما قدمنا معتبراً من النظام العام حتى
 يجوز لمحكمة النقض أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها (٣) . لكن إذا استطاع
 الحائز أن يحصل من محكمة النقض على حكم بنقض الحكم المطعون فيه لسبب
 غير التقادم ، كخلل في الإجراءات أو خطأ في تطبيق القانون في مسألة
 أخرى ، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة
 الاستئناف ، فانه يجوز للحائز أمام محكمة الإحالة ، وهي محكمة موضوع ،
 أن يدفع بالتقادم لأول مرة ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى وذلك إلى
 وقت إقفال باب المرافعة أمام محكمة الإحالة (٤) .

ب - النزول عن التقادم المكسب

٤١٠ - قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب :

تنص المادة ٣٨٨ مدني ، فيما يتعلق بالتقادم المسقط ، على أنه ١ - لا يجوز
 النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم
 التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون . ٢ - وإنما يجوز لكل
 شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت

(١) م ٣٨٧/٢ مدني آنفاً فقرة ٤٠٦ - بودري وتيسيه فقرة ٥٠ - فقرة ٥٢ -

بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ .

(٢) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر رقم ٢٧٤ ص ٨١٥ - ١٥ يونيو

سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ - ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ١٨٧

ص ٥٣٢ - استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٢٥ ص ٢١ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ -

بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣٢١٩ .

(٤) بودري وتيسيه فقرة ٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ -

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٥١ - فقرة ٦٥٤ .

الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم .^(١) فاذا طبقنا هذا النص على التقادم المكسب ، خلص لنا ما يأتي :

١ - عدم جواز النزول عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه^(٢) .

٢ - جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه . ٣ - جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل .

٤١١ - عدم جواز النزول عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه : يكاد يتعذر أن نتصور كيف يتحقق هذا النزول في التقادم المكسب . وكان من الممكن القول إنه لا يتحقق إلا في التقادم المسقط ، وإنه يستعصى على طبيعة التقادم المكسب فلا محل لتطبيقه على هذا التقادم^(٣) . ولكن يمكن مع ذلك أن نتصور فرضاً ، وإن كان بعيد الوقوع ، يتفق فيه المالك مع الحائز (كصاحب حق انتفاع أو محتكر) على أن ينزل الحائز عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه بل قبل سريانه . ويكون هذا إجراء أشد من قطع التقادم بالمطالبة القضائية أو بإقرار الحائز بحق المالك . ذلك بأنه في حالة قطع التقادم على هذا الوجه أو ذاك يمكن سريان تقادم جديد على النحر الذي قدمناه^(٤) ، أما في حالة الاتفاق على النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه وقبل سريانه ، لو صح هذا الاتفاق . فانه لا يبدأ سريان تقادم

(١) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله في التقنين المدني السابق وفي التقييدات المدنية العربية الأخرى في الوسيط ٣ فقرة ٦٥٥ .

وقد نصت المادة ٢٦٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه : لا يجوز المنول مسبقاً من مرور الزمن ، إنما يمكن لكل شخص مطلق اليد بحقوقه أن يتخلل مسبقاً عن حق مكتسب بمرور الزمن .

(٢) ويلحق بهذه القاعدة ، وفقاً لنص المادة ٣٨٨ / ١ مدني ، عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم المكسب تختلف عن المدة التي عينها القانون . فلو اتفاد المكسب الطويل تكون المدة خمس عشرة سنة ولا يجوز الاتفاق على مدة أطول ولا على مدة أقصر ، وفي التقادم المكسب القصير تكون المدة خمس سنوات ولا يجوز الاتفاق على مدة أطول ولا على مدة أقصر . وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٣٨٠) .

(٣) بلانيول وريبير بيكار ٣ فقرة ٧٥١ من ٧٤٨ - بلانيول وريبير بولاجيه ١ فقرة ٣٢٢١ - كولان كاييتان ودی لا مورانديير ١ فقرة ١١٩٥ من ٧٤ - مارك وريينو فقرة ١٩٧ من ٢٠٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٨ فقرة ٤٠٢ .

جديد إذ أن الحائز قد نزل مقدماً عن التقادم . على أنه إذا أمكن تصور مثل هذا الفرض ، فحكم القانون صريح في بطلانه ، إذ تقول المادة ١/٣٨٨ مدني كما رأينا (١) « لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه » (٢) ويستوى ، في عدم جواز النزول عن التقادم المكسب قبل ثبوت الحق فيه ، أن يكون التقادم طويلاً مدته خمس عشرة سنة أو قصيراً مدته خمس سنوات .

٤١٢ - جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه :

فإذا اكتملت مدة التقادم المكسب ، طويلاً كان التقادم أو قصيراً ، وثبت حق الحائز في التملك به ، فإن نزوله عنه بعد ثبوت حقه فيه جائز ، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٣٨٨ مدني فيما قدمنا (٣) .

وقد يكون نزول الحائز عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه صريحاً ، ولا يشترط في النزول الصريح شكل معين أو عبارات خاصة فقد يكون مكتوباً أو شفوياً (٤) . ولكن يجب في إثبات هذا النزول ، وهو تصرف قانوني ، اتباع القواعد العامة في الإثبات فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة العين على عشرة جنيهات . وقد يكون نزول الحائز عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه ضمناً ، وأكثر ما يكون ذلك إذا أغفل الحائز الدفع بالتقادم عمداً بحيث يفهم من موقفه أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع . ولكن ليس من الضروري أن يستخلص من تأخير الدفع بالتقادم أن الحائز

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) ويجب التمييز بين الاتفاق على النزول مقدماً عن التقادم قبل أن يكتمل ، والاتفاق على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة (أنظر آنفاً فقرة ٣٩٠ في آخرها في الهامش) . فلا اتفاق الأول باطل ، بخلاف الاتفاق الثاني فهو صحيح (ناسي ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ سيرة ٩١ - ٢ - ١٦١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥١ ص ٧٤٨ - أنسيكلو بيدي دالتوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٢٧٨) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٤) فإذا اعترف المدعى عليه ، بعد اكتمال مدة التقادم ، في أوراق صادرة منه ، بملكية المدعى ، كان هذا الاعتراف هو بمثابة التنازل عن الحق في التملك بالتقادم ، ومثل هذا التنازل ينتج أثره سواء أكان التقادم طويلاً أم كان قصيراً (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٥ رقم ٦٩) .

قد نزل عنه ، فقد قدمنا (١) أن له أن يدفع بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، ما لم يستخلص من ظروف تأخير الدفع أنه قد نزل عنه . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان يستخلص من موقف الحائز ما يستفاد منه حتماً أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم (٢) ، ولا يفترض ذلك عند الشك فإن النزول عن الحق لا يفترض . وقد يستخلص النزول الضمني مثلاً من قبول الحائز . بعد اكتمال مدة التقادم . أن يدفع للمالك أجره للعين (٣) .

والأهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، كما نقول المادة ٢/٣٨٨ مدنى فيما رأينا (٤) ، هى أهلية التصرف ، فلا تلزم أهلية التبرع ولا تكفى أهلية الإدارة . أما أن أهلية التبرع لا تلزم ، فذلك لأن الحائز لا يكسب الحق إلا إذا تمسك بالتقادم ، وهو لم يتمسك به بل نزل عن حقه فيه . فهو إذن لم يكسب الحق حتى يقال إن نزوله عن التقادم هو بمثابة تبرع بهذا الحق بعد أن كسبه ، ومن ثم لا تلزم أهلية التبرع (٥) . وأما أن أهلية الإدارة لا تكفى ، فذلك لأن الحائز بنزوله عن حقه فى التمسك بالتقادم لا يقوم بعمل مألوف من أعمال الإدارة ، بل يقوم بعمل أكبر خطراً من ذلك ، إذ هو قد نزل عن حق إذا كان لم يكسبه فإنه كان يستطيع كسبه .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٢) نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٧ ص ١١٢٤ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن حق التمسك بمضى المدة ليس من النظام العام ، فإذا تنازل عنه الخصم بأن تمهد بالقيام بما عليه من الالتزامات ، فإنه لا يسوغ له بعد ذلك أن يعود فيتمسك به (استئناف وطنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١٣ ص ٢٥) . وانظر فى أمثلة أخرى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٢ ص ٧٤٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢٢٤ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٥) وقد كتبنا فى الجزء الثالث من الوسيط فى هذا الصدد ما يأتى : « وبالرغم من أن النص صريح فى أن الأهلية الواجبة هى أهلية التصرف لأهلية التبرع ، فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى ما يأتى : ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطويه حقيقة الافتقار ، ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيما يصدر منه التنازل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٥) ، وإذا تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية ، وجب الأخذ بالنص الصريح (الوسيط ٢ فقرة ٦٦١ ص ١١٤٦ طبع ٣) .

فلا تكفى إذن أهلية الإدارة ، بل يجب أهلية التصرف . ويترتب على ذلك أن الصغير والمحجور لا يستطيع أى منهما أن ينزل عن حقه فى التمسك بالتقادم المكسب ، وكذلك لا يستطيع الوصى أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المحجور فى التمسك بالتقادم المكسب من غير إذن المحكمة . ولا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم ، إلا إذا أعطى توكيلاً خاصاً فى ذلك (١) .

وإذا نزل الحائز عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه على النحو الذى بيناه ، كان نزوله هذا تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد لا حاجة له إلى قبول المالك ، وكان هذا النزول ملزماً لا يجوز الرجوع فيه (٢) . وإذا لم يكن لدى الحائز سبب آخر غير التقادم لتملك العين ، واستمر على حيازته بعد النزول عن حق التمسك بالتقادم . فمن وقت النزول عن التقادم يبدأ تقادم جديد (٣) . ومدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة حتى لو كانت مدة التقادم السابق خمس سنوات ، فالتقادم القصير لا يكون إلا إذا كان الحائز حسن النية ، وقد انتفى حسن النية هنا بنزوله عن التقادم السابق ، وانطوى هذا النزول على إقرار منه بأن العين قد آلت إليه من غير مالك ، فلم يعد يستطيع أن يملك بالتقادم القصير .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة

٣٢٢٥ .

(٢) والنزول من التمسك بالتقادم ليس كما قدما نزولاً عن الحق ذاته بعد كسبه ، بل هو نزول من كسب الحق . فلا تثبت له صفة النقل caractère translatif بل تثبت له صفة الترك caractère abdicatif . ويترتب على ذلك ما يأتى : (أ) لا يكون النزول ناقلاً للملكية من الحائز إلى المالك ، وإلا لوجب قبول المالك ، ولكان النزول تصرفاً صادراً من الجانبين لا تصرفاً صادراً من جانب واحد . (ب) لو كان النزول ناقلاً للملكية ، أى أنه يعيد الملكية إلى المالك بعد أن كسبها الحائز ، لكانت تخضع لقواعد الهبة الموضوعية . ولكنه لا يخضع لهذه القواعد ، إذ هو مجرد ترك الحق لصاحبه ، ولا يقتضى أهلية التبرع بل تكفى فيه أهلية التصرف . (ج) ولا يخضع للتسجيل . (د) ولا لرسوم نقل الملكية . أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٧٥٢ ص ٧٤٨ وقرة ٧٥٣ - كولان وكابيتان ودى لامورانددير ١ فقرة ١١٩٥ - مازو فقرة ١٥١٤ - مارتى و رينو فقرة ١٩٧ ص ٢١٠ .

(٣) وهذا بخلاف النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه ، فقد قدما أنه لو صح لما كان يعقبه سريان تقادم جديد ، إذ أن الحائز يكون قد نزل مقدماً عن التقادم ، أى نزل من أى تقادم يسره قد المعتقل (انظر آنفاً فقرة ٤١١) .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٨٨ ٢ مدني كما رأينا (١) ، على أن هذا النزول لا يتفد في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم . وفي هذا تطبيق لقواعد الدعوى البولصية على تصرف قانوني صدر من المدين ، هو نزوله عن التقدام بعد ثبوت حقه فيه . وقد رأينا (٢) من قبل كيف أن المادة ١/٣٨٧ مدني قد طبقت قواعد الدعوى غير المباشرة ، فأزالت الشبهة في جواز استعمال الدائنين لحق مدينهم في التمسك بالتقدم وهو حق متصل بشخصه ، بل هو رخصة لم ترق إلى مرتبة الحق . والآن نرى أن المادة ٢/٣٨٨ مدني هي أيضاً تزيل الشبهة في جواز الطعن بالدعوى البولصية في نزول المدين عن التمسك بالتقدم ، مع أن نزول المدين هذا تصرف لا ينقص من حقوقه ولا يزيد في التزاماته (٣) ، فكان الواجب ، لولا النص ، ألا يقع هذا التصرف تحت طائلة الدعوى البولصية . على أن القواعد الأخرى للدعوى البولصية يجب تطبيقها هنا بدقة . ومن ثم يشترط أن يكون نزول الحائز عن التمسك بالتقدم ، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، سبباً في إعسار الحائز أو في زيادة إعساره . فإذا بقي الحائز موسراً بعد النزول عن التقدم ، فلا شأن لدائنيه بهذا النزول ما دامت حقوقهم مكفولة . ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقدم لا يعتبر تبرعاً كما قدمنا ، فإنه يشترط ، لعدم نفاذ هذا النزول في حق الدائنين ، أن يكون منظوياً على غش من الحائز وأن يكون المالك الذي صدر لمصلحته هذا النزول على علم بهذا الغش (٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢٢٣ .

(٤) وهذه المسائل تختلف فيها كل الاختلاف في فرنسا (انظر بودري وتيسيه فقرة ١١٢ - فقرة ١١٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢٢٦ - مارتق ورينو فقرة ١٩٧ من ٢١٠) . أما في مصر ، فالتصوص صريحة لا تسع بتريديد صدى هذا الاختلاف (انظر في ذلك اوسيط ٣ فقرة ٦٦٢ من ١١٥ هامش ١) .

هذا وإذا نزل الحائز عن التمسك بالتقدم في الدعوى المرفوعة عليه من المالك ففقد المالك بحقه ، وفات دائني الحائز أن يتدخلوا في الدعوى ليظعنوا بالدعوى البولصية في نزول الحائز ، فإن لم أن يظعنوا في الحكم الصادر في الدعوى بطريق اعتراض الخارج عن المصومة ، بشرطه

٤١٣ - جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم

يكتمل : وقد يقع أن الحائز ينزل عن التقادم ، لا قبل سريانه فيكون نزولاً عن التقادم قبل بوث الحق فيه ومن ثم يكون باطلاً ، ولا بعد اكتماله فيكون نزولاً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون صحيحاً ، ولكن في أثناء سريان التقادم . وهذا النزول يكون صحيحاً فيما يتعلق بالمدة التي انقضت ، لأنه نزول عن حق في مدة قد انقضت فعلاً . ومن ثم نزول هذه المدة ولا يعتد بها في حساب التقادم ، ويبدأ تقادم جديد يسرى من وقت النزول عن المدة التي انقضت .

والتكييف الصحيح لهذا النوع من النزول إنما هو قطع للتقادم عن طريق إقرار الحائز بحق المالك . ذلك بأن الحائز إذا نزل عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل ، إنما يقر بحق المالك ، فيقطع الإقرار التقادم ، ولا يعتد بالمدة التي انقضت كما سبق القول عند الكلام في انقطاع التقادم بالإقرار (١) .

§ ٢ - الآثار التي تترتب على التقادم المكسب

٤١٤ - التقادم المكسب سبب لكسب الملكية : ليس التقادم المكسب

مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز هو المالك للعين التي حازها المدة اللازمة للتقادم ، بل هو سبب مباشر لكسب الملكية (٢) .

— أن يشتهوا غش الحائز وتواطؤه مع المالك الذي نزل له عن التمسك بالتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ١٢٠) . وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ص ١٠٦٣) أن الدائنين إذا نجحوا في الطعن في نزول الحائز عن التمسك بالتقادم تطبيقاً لأحكام المادة ٢/٣٨٨ مدى ، فإن عليهم بعد ذلك أن يتسكروا بالتقادم نيابة عن مديهم الحائز تطبيقاً لأحكام المادة ١/٣٨٧ مدى . وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ١٦٠ - فقرة ٦٦٢ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٩٩ - ويترتب على هذا التكييف أنه ما دام النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل إنما هو قطع للتقادم ، فالأهلية الواجبة فيه هي أهلية التصرف لا أهلية الإدارة ، إذ أن أهلية التصرف واجبة في قطع التقادم المكسب ، بخلاف التقادم المسقط فتكفي في قطعه أهلية الإدارة (انظر آنفاً فقرة ٣٩٩) .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٦٣ .

(٢) انظر شفيق شحاته فقرة ٢٨٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٠٩ ص ٥٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٧٧ - ومع ذلك نرى محكمة النقض تردد في بعض أحكامها أن لتقادم قرينة قانونية قاصرة على ذلك . من ذلك ما قصت به من أن الأسس التشريعية لتقادم هو قيام قرينة قانونية قاصرة على توفر سبب ما . ومع التمسك لدى واضع اليد (نقض مدنى ٨ ديسمبر ١٩٥٥)

فلو أن الحائز كان غير مالك للعين ، وحازها مدة خمس عشرة سنة في التقادم المكسب الطويل . أو خمس سنوات في التقادم المكسب القصير . وتمسك بالتقادم . فإن ملكية العين تنتقل من الشخص الذي كان يملكها وقت بدء الحيازة إلى الحائز . ويصبح هذا الأخير هو المالك ، وسبب انتقال الملكية إليه هو التقادم المكسب الطويل أو التقادم المكسب القصير ^(١) . وهذا ما تؤكد المادة ٩٦٨ مدني في التقادم المكسب الطويل ، فهي تقول كما رأينا (٢) : « من حاز منقولا أو عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » . فالحائز إذن يكون له « أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني » ، ويتحقق هذا الكسب عن طريق التمسك بالتقادم المكسب الطويل ، فهذا التقادم يكون بناء على ذلك سبباً من أسباب كسب الملكية ^(٣) . وهذا

= سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩ . ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أنه إذ كان التقادم المكسب هو في حكم القانون قرينة قانونية قطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد ، كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقت دليلاً على أن العين التي تحت يدها موقوفة وفقاً صحيحاً ولو لم يحصل به إشهاد (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٢ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩ .

(١) ومع ذلك قد يبقى للمالك دعاوى شخصية يستطيع أن يترد بها العين . ويصعب تصور ذلك في التقادم المكسب الطويل ، إذ أن هذه الدعاوى الشخصية ، تسقط بالتقادم المسقط بنفس المدة التي تكسب بها العين بالتقادم المكسب ، وهي خمس عشرة سنة . ولكن يمكن تصور ذلك في التقادم المكسب القصير : يشتري شخص عقاراً من غير مالك ، ويكون البيع قابلاً للإبطال أو قابلاً للفسخ ، ويمحوز المشتري العقار بحسن نية وبهذا السبب الصحيح خمس سنوات ، فيملكه بالتقادم المكسب القصير . ولكن يستطيع المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى البائع في إبطال البيع أو فسخه ، إذ هو دائن له فيكون من حقه أن يستعمل دعاوى مدينه ، فيبطل البيع أو يفسخه ، ومن ثم يترد العقار من تحت يد المشتري (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٤ - ص ٥٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٢١٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٧١ .

(٣) وقد قضى بأن التملك بوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها تكفي بذاتها سبباً لكسب الملكية ، وليس ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير =

ما تزكده أيضاً المادة ١/٩٦٩ مدنى فى التقادم المكسب القصير ، إذ نهرل :
 « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقارى وكانت مقترنة بحسن
 النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب
 تكون خمس سنوات » . فالتقادم بخمس سنوات يكسب إذن الحائز ملكية
 العقار أو الحق العيني العقارى ، وعلى ذلك يكون التقادم المكسب القصير هو
 أيضاً سبب من أسباب كسب الملكية (١) .

والحائز الذى يكسب الملكية بالتقادم يستطيع أن يتمسك بكسبها عن
 طريق الدفع أو عن طريق الدعوى . فإذا رفع المالك عليه دعوى الاستحقاق
 دفع دعواه هذه بالتمسك بالتقادم ، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق
 الدفع (٢) كذلك يستطيع أن يتمسك بكسب الملكية بطريق الدعوى ، فلو
 أن العين بعد أن تملكها بالتقادم المكسب خرجت من حيازته ، فإنه يستطيع أن
 يرفع دعوى الاستحقاق على من آلت إليه الحيازة ويتمسك بالتقادم المكسب
 سبباً لكسب الملكية ، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدعوى (٣) .

= المسجل هل انتقال حيازة العين إليه ، وتكون حيازته فى هذه الحالة امتداداً لحيازة سلفه البائع
 له (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٣٨ ص ٨٩٠) .
 وانظر نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢ ص ١١١ (حتى
 لو اقترنت الحيازة بعقد ثبتت صوريته أو بطلانه) - استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٩١٤
 المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٣ ص ١٨٢ .

(١) انظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٦ ص ١٨ - ص ١٩ - مازو فقرة ١٥٠٧ -
 وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٠ ص ٤٤٣ - ص ٤٤٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المنازعة التى أثارها المالك الأصل للمقار تجاه
 حائزه لاحقة لا اكتمال مدة التقادم الطويل المكسب للملكية الحائز ، فإنه لا يمتد بها (نقض مدنى
 ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ ص ٣٠٦) .

(٣) وهناك من الشرائع ما لا يجعل التمسك بالتقادم إلا بطريق الدفع ، فيكون التقادم
 أقرب إلى التقادم المسقط منه إلى التقادم المكسب ، كالقانون الرومانى والشرعية الإسلامية .
 ففى القانون الرومانى كان التقادم المكسب الطويل (*praescriptio longi temporis*) ، الذى
 أدخله البيطور إلى جانب التقادم المكسب (*usucapio*) ليسرى على أراضي الأقاليم وعلى
 الأجانب ، لا يعطى فى أول الأمر للحائز إلا دفماً ضد دعوى الاستحقاق التى يرفها المالك ،
 وإن كان قد انتهى إلى أن يكون دفماً ودعوى ، فيستطيع الحائز أن يدفع به دعوى الاستحقاق ،
 كما يستطيع أن يرفع هو د دعوى استحقاق على من يأخذ منه الحيازة (انظر آنفاً فقرة ٣٦٨) .
 وفى الشريعة الإسلامية لا يعطى مرور الزمن للحائز إلا دفماً ، فإذا دفع عليه المالك دعوى
 الاستحقاق استطاع أن يدفعها بعدم جواز سماح الدعوى لمرور الزمن ، ولكنه لا يستطيع إذا
 خرجت العين من حيازته أن يدفع هو دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ، فيكون التقادم
 فى الشريعة الإسلامية تقادماً مسقطاً لا تقادماً مكسباً (انظر بودرى وتيسيه فقرة ٦٢٠ ص ٤٧ -
 بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٤) .

٤١٥ - التقادم المكسب بكسب الملكية بأثر رجعي : وإذا كسب الحائز الملكية بالتقادم عن طريق التمسك به ، فإن المدنية تنتقل إلى الحائز ، لا من وقت التمسك بالتقادم أو من وقت اكتمال مدة التقادم فحسب ، بل تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم . فيعتبر الحائز مالكا للعين التي كسبها بالتقادم من وقت أن وضع يده عليها بنية تملكها ، ويكون مالكا إياها طوال مدة التقادم (١) واستناد التقادم بأثر رجعي إلى وقت بدأ سريانه إنما تقضى به طبيعة نظام التقادم . والهدف الذي يرمى هذا النظام إلى تحقيقه . فهو يرمى إلى حماية الأوضاع المستقرة ، وقد أخذت هذه الأوضاع تستقر منذ بدأ سريان التقادم . ومن ذلك الوقت أخذ الحائز يظهر بمظهر المالك ويتعامل في العين تعامل الملاك فيديرها ويؤجرها ويقبض ثمارها ويرتب عليها حقوقا للغير . فإذا اكتملت مدة التقادم وملك الحائز العين أجزوا بعد ذلك أن تناقش هذه الأوضاع التي استقرت ومضت عليها مدة طويلة ، فاطمأنت إليها الناس ؟ الواجب إذن الرجوع إلى الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم ، واعتبار الحائز مالكا للعين من ذلك الوقت (٢) .

ويترتب على أن للتقادم المكسب أثرا رجعيا على النحو الذي قدمناه ، وأن الحائز يعتبر مالكا للعين منذ بدء الحيازة ، النتائج الآتية :

(أولا) : أن الحائز الذي يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها للمالك ، حتى لو لم يملك هذه الثمار استقلالاً بالقبض أو بالتقادم . فقد يكون سىء النية ولا يمضى على قبضه للثمار مدة خمس عشرة سنة ، فلا يستطيع أن يملك الثمار بالقبض لأنه سىء النية ، ولا أن يملكها بالتقادم لأنه لم يمض على حيازته إياها مدة خمس عشرة سنة . ومع ذلك لا يرد الثمار للمالك ، وذلك بفضل الأثر الرجعي للتقادم . فقد اعتبر الحائز مالكا منذ بدأ سريان التقادم كما قدمنا ، فتكون العين على ملكه وقت أن أنتجت الثمار فيتملك الثمار باعتبارها مالكا لأصل العين (٣) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ١٠٣ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٦ - كولان وكابيتان ودي لامورانديرا فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ١٠٣ ص ٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٧ - كولان وكابيتان ودي لامورانديرا فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ - مازو فقرة ١٥٠٩ ص ١٢١٠ - مازو وريغو فقرة ١٩٦ - كاربرنييه ص ٢١٤ .

(ثانياً) : إذا رتب المالك ، في خلال مدة التقادم ، حقاً عينياً على العين التي وضع الحائز يده عليها كحق رهن فإن هذا الحق ، إذا اكتملت مدة التقادم وتمسك الحائز به فملك العين ، لا يسرى في حق الحائز (١) . ولا يفسر ذلك إلا الأثر الرجعي للتقادم المكسب ، فإن الحائز يعتبر مالكاً للعين من وقت بدء سريان التقادم ، فلا يكون المالك السابق مالكاً إياها في خلال هذا الوقت وهو الوقت الذي رتب فيه حق الرهن ، ومن ثم يكون الرهن صادراً من غير مالك فلا يسرى في حق الحائز بعد أن كسب العين بالتقادم . أما الحقوق العينية التي يكون المالك قد رتبها على العين قبل بدء سريان التقادم ، فإنها تسرى في حق الحائز حتى بعد أن يتملك العين بالتقادم . إلا إذا كانت قد انقضت بالتقادم المسقط أو انتقلت إلى الحائز بالتقادم المكسب مستقلة عن حق الملكية (٢).

(١) كذلك لو باع المالك العين ، ولكنها بقيت في حيازة الحائز ولم ينقطع التقادم إلى أن اكتملت مدته ، فإن الحائز يعتبر مالكاً للعين من بدء الحيازة ، ولا يسرى في حقه البيع إذ يعتبر صادراً من غير مالك . وتنتج الحيازة أثرها في حق المالك وفي حق المشتري منه ، دون أن يكون الحائز مضطراً إلى ابتداء حيازة جديدة في حق المشتري من المالك ، فالحيازة القديمة تكفي مادامت لم تنقطع . وإذا وقف المالك العقار في خلال مدة التقادم واکتملت المدة ، فإن الحائز يتملك العقار بالتقادم العادي ولا يسرى الوقف في حقه . وقد قضى بأنه إذا وضع شخص يده على عقار ، ثم حصل وقف العقار بمعرفة مالكة الأصل وظلت يد الحائز قائمة دون انقضاء الأصل ، تملك الحائز العقار بمدد التقادم العادي ، ولا يسرى الوقف في حق الحائز (ملحق الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٣٧ ص ٤٧٠) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ١٠٣ ص ٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ - مازو فقرة ١٥٠٩ - ١٥١٠ - مارتى ورينو فقرة ١٩٦ . فإذا رتب المالك قبل بدء سريان التقادم حق رهن على العين ، فإن تملك الحائز للعقار بالتقادم لا يستتبع انقضاء الرهن ، بل يبقى الرهن قائماً حتى يزول بسبب من أسباب انقضائه . كما إذا انقضى بانقضاء الدين المضمون به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فإن تملكه العقار لا يستتبع حتماً انقضاء الرهن ، بل يكون للدائن المرتهن الحق في نزع ملكية العقار وفاء لدينه . ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار لمدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن ، إذ هذا يؤدي إلى إهدار حق الدائن المرتهن الذي كفله نص المادة ٥٥٤ من مدني من استيفاء حقه بالأولوية والتقدم من ضمن ذلك العقار في أي يد يكون . كما أن فيه إجازة لسقوط الرهن مستقلاً عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا يقضي إلا بانقضائه (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩١٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣٠١) . وانظر أيضاً استئناف محتفظ دوائره

(ثالثاً) : إذا رتب الحائز ، في خلال مدة التقادم ، حقاً عينياً على العين التي حازها ، ثم تملك العين بالتقادم ، فإن هذا الحق يصبح نافذاً بانياً (١) .
والأثر الرجعي أيضاً هو الذي يفسر ذلك ، فإذا الحيز العيني الذي رتبه الحائز في خلال مدة التقادم كان صادراً من غير مالك إذ أن مدة التقادم لم تكن قد

— مجمعة ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٧٧ — استئناف مختلف ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٨ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٠ — ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٧ .
وكالمرهن صائر الحقوق العينية النجعة كحق الاحتصاص وحقوق الامتياز ، ولم يقرر المشرع المصري ، كما قرر المشرع الفرنسي في المادة ٢١٨٠ مدني فرنسي . سقوط الرهن والامتياز بالتقادم (محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٥٩ ص ٢٩٩) . أما إذا قرر المالك قبل يده سريان التقادم حقوقاً عينيه أصلية ، كحق النفع أو حق الارتفاق . فإذا لم يستعمل المنتفع أو صاحب العقار المرتفق حق الانتفاع أو حق الارتفاق طوال مدة المدعى عشرة سنة مدة التقادم الطويل ، فإن الحائز يكسب ملكية العين حالية من حق الانتفاع أو حق الارتفاق ، إذ يكون قد كسب الملكية بالتقادم الطويل المكسب ، وسقط حق الانتفاع أو حق الارتفاق بعدم الاستعمال أو التقادم المسقط .
ويلاحظ هنا أن التقادم المسقط يكتمل مستقلاً عن التقادم المكسب وإن كانت مدتهما واحدة ، فقد يمتد من أحد النوعين من التقادم سبب لوقوف أو للانقطاع لا يمتد من التقادم الآخر . ويلاحظ أيضاً أنه كما يسقط حق الانتفاع بالتقادم المسقط ، فإنه يجوز كذلك كسب بالتقادم المكسب ، وذلك إذا وضع الحائز يده على العين باعتبارها غير مشغلة بحق الانتفاع ، فيكون قد وضع يده على كل من الرقبة وحق الانتفاع وملك كلاهما بالتقادم المكسب الطويل . أما حق الارتفاق هنا فلا يرد عليه إلا عدم الاستعمال أو التقادم المسقط ، فيسقط به . وإذا كان لدى الحائز سبب صحيح وكان حسن النية ، فإنه يملك العقار بخمس سنوات مدة التقادم القصير ، وفي هذه الحالة يبقى العقار مستقلاً بحق الارتفاق أو بحق الانتفاع لأن أياً من الحقيقتين لم يسقط بعدم الاستعمال إذ لم يمتد من تركه إلا خمس سنوات . ولكن يجوز أن يتصلك الحائز بالتقادم القصير حق الانتفاع إذا وضع يده على العقار باعتباره غير مشغول بهذا الحق ، أما حق الارتفاق هنا فلا يرد عليه إلا عدم الاستعمال أو التقادم المسقط ومدته خمس عشرة سنة . وإذا كسب الحائز حق الانتفاع بالتقادم القصير ، فإنه يكسبه مستقلاً عن حق الرقبة ، وإن كانت مدة التقادم القصير في كل منهما واحدة ، فقد يمتد من تقادم حق الانتفاع أو تقادم الرقبة سبب لوقوف أو لانقطاع لا يمتد من تقادم الآخر (انظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٣ — ص ٥٢٤ — بودري وتيسيه فقرة ٦٩٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٦ — امين غانم ص ١٢٢ — ص ١٢٣) .

(١) بودري وتيسيه فقرة ١٠٣ ص ٩٠ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٩ — بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣٢١٧ — كولان وكانيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٣ — مازو فقرة ١٥٠٩ — ماري ورينو فقرة ١٩٦ — كاربونيه ص ٢١٤ .

اكتملت ، فكان ينبغي أن يبقى مُعتبراً أنه صدر من غير مالك حتى بعد اكتمال مدة التقادم لو أن التقادم المكسب لم يكن له أثر رجعي . أما وهذا التقادم له أثر رجعي ، فإن الحائز يعتبر مالكا للعين من وقت بدء سريان التقادم ، فيكون مالكا لها وقت أن رتب الحق العيني ، ومن هنا يصبح هذا الحق نافذاً باناً كما سبق القول .

١٦ - تخلف التزام طبيعي عن التقادم المكسب : وكما يتخلف التزام

طبيعي عن الالتزام الذي ينقضي بالتقادم المسقط ، وقد صرحت بذلك المادة ١/٣٨٦ مدني إذ تقول : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي » (١) ، كذلك يتخلف التزام طبيعي عن الحق الذي يكسب بالتقادم المكسب . فإذا ملك الحائز العين بالتقادم المكسب ، ولم يكن قبل التقادم مالكا لها ، فإنه بالرغم من تملكه العين بالتقادم يبقى ملتزماً التزاماً طبيعياً نحو المالك الحقيقي برد العين إليه (٢) .

والآثار التي تترتب على هذا الالتزام الطبيعي هي نفس الآثار التي تترتب على أي التزام طبيعي . وأهم هذه الآثار هي : (١) يجوز للحائز أن يوفي مختاراً وعن بيئة من أمره بالتزامه الطبيعي . فيرد العين . فإذا كان الحائز ، بعد التمسك بالتقادم وكسب الحق ، قد استجاب لداعي ضميره فرد العين إلى مالكيها الحقيقي ، كان هذا وفاء لالتزام طبيعي وليس تبرعاً . ومن ثم لا يشترط في هذا الوفاء شكل خاص . ولا تشترط أهلية التبرع ، ولا يجوز للحائز أن يسترد العين بعد ردها للمالك الحقيقي (٣) وغنى عن البيان أن الالتزام الطبيعي

(١) انظر في تاريخ النص وفيما يقابله في التقنين المدي السابق وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى الوسيط ٣ فقرة ٦٦٤ - وانظر في تخلف الالتزام الطبيعي عن التقادم المسقط الوسيط ٣ فقرة ٦٧٥ - فقرة ٦٨٠ .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ هامش ١ - بودري وتيسيه فقرة ١٠٤ ص ٩٠ - ص ٩١ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٤ ص ٧٤٣ - مازو فقرة ١٥١٣ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ١٠٤ ص ٩١ - أما إذا كان الحائز قد رد العين لمالكها الحقيقي قبل التمسك بالتقادم ، فإن ذلك يكون تنفيذاً لالتزام مدي لا لالتزام طبيعي ، لأنه لم يملك العين بالتقادم إذ هو لم يملك به ، فيبقى التزامه بالرد التزاماً مدياً (بودري وتيسيه فقرة ١٠٤ ص ٩١ - ص ٩٢) . وعلى ذلك لا يستطيع بعد أن يرد العين للمالك الحقيقي أن يستردها منه حتى لو كان قد ردها عن غلط ، كدَّ كان وقت أن ردها لا يعلم باكتمال مدة التقادم كان يظن أن المدة لا تزال سارية دون أن تكتمل . وكان يستطيع استردادها لو أنه ردها عن غلط تنفيذاً لالتزام الطبيعي الذي تخلف في ذمته (الوسيط ٣ فقرة ٦٦٥ ص ١١٥٤) .

لا يتخلف في ذمة الحائز ، إلا إذا كان هذا الأخير لا يملك العين قبل التقادم واعتمد في تملكها على التمسك بالتقادم . فيكون ضميره في هذه الحالة هو الرقيب عليه ، فقد بدعوه إلى رد العين لملكها الحقيقي حتى يأخذ كل ذي حق حقه ، ويكون هنا قد وفى بالتزام طبيعى . أما إذا كان يملك العين قبل التقادم ، وإنما لجأ إلى التمسك بالتقادم تخففا من عبء إثبات ملكيته للعين ، فلا محل للقول بتخلف التزام طبيعى ، بل يملك الحائز العين بالتقادم دون أن يتخلف أى التزام طبيعى عن ذلك . فالأمر إذن موكول إلى ضمير الحائز ، يهديه إلى ما يجب عليه أن يفعله (١) . (٢) يجوز كذلك اتخاذ الالتزام الطبيعى المتخلف في ذمة الحائز سببا صحيحا لإنشاء التزام مدنى . فإذا كان الحائز ، بدلا من أن يرد العين فعلا لملكها الحقيقي ، تعهد بأن يردها إليه ، فإنه ينشئ بهذا التعهد التزاما مدنيا في ذمته يجبر على الوفاء به . ويجب أن يكرن قد قصد أن يلتزم برد العين التزاما مدنيا ، فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى في ذمته (٢) . (٣) ولكن لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى المتخلف في ذمة الحائز . إذا قصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الالتزام الطبيعى . ولكن إذا كفل الكفيل هذا الالتزام الطبيعى وهو يعتقد أنه التزام مدنى ، فإن التزامه يكون التزاما طبيعيا مثل الالتزام الأصيل ، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين (٣)

المبحث الثانى

الحيازة بحسن نية باعتبارها سببا لكسب الملكية

المطلب الأول

كسب ملكية العقار

(التقادم المكسب القصير فى العقار)

٤١٧ - نص قانونى : تنص المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى .

١ - إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات .

(١) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٦ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٧ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٩ ص ١١٧٣ .

- ٢١ - ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق .
 ٣ - والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء
 أو صاحب للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقاً
 للقانون » (١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٢/٧٦ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثالثة من النص كانت فى المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « والسبب الصحيح لا يفترض وجوده ، ويصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون » . وقد حذفت لجنة المراجعة من النص فى فقرته الثالثة عبارة « لا يفترض وجوده » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١٠٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٤ - ص ٤٩٦) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٠٢/٧٦ : تحصل ملكية العقارات والحقوق المبنية لمن وضع يده عليها بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متوالات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح . . . (وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، ويؤخذ على نص التقنين المدنى السابق أنه أغفل اشتراط حسن النية ولم يحدد معنى السبب الصحيح ولم يعرض لمسألة التسجيل ، وقد تدارك التقنين المدنى الجديد هذه العيوب : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ - ص ٤٩٩) . وقد جرى القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق على اشتراط حسن النية بالرغم من إغفال النص لهذا الشرط : استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٣ - أسبوط الكلية ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ٢١ ص ٣٨ - استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠ - ٧ يونيو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٠ - ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ - ٣ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٧١ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ - ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٩ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٣ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٢ - بل إن هناك حكماً شاذاً من محكمة الاستئناف المحتلة يقضى باشتراط حسن النية حتى فى التقادم المكسب الطويل (استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨) ، ولكن المحكمة ما لبثت أن رجعت إلى رأى الصحيح وتواترت أحكامها على أن حسن النية غير لازم فى التقادم المكسب الطويل (استئناف مخطوط ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٧٢ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٩١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٧٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٥٨/٢ و٣ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ (١) .

والضرورة المألوفة لتطبيق النص سلف الذكر هي أن يبيع غير المالك عقارا باعتبار أنه هو المالك . ويكون المشتري حسن النية أي يعتقد أن البائع مالك للعقار . فإذا حاز المشتري العقار فإنه لا يحتاج في تملكه إليه إلى التقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة ، بل يكفي في تملكه للعقار بالتقادم المكسب القصير ومدته خمس سنوات فقط . والسبب في تقصير مدة التقادم ، وجعلها خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة . هو أن الحائز هنا يمتاز عن الحائز في التقادم المكسب الطويل بأنه حسن النية وعنده سبب صحيح يدعم حسن نيته . وهذا كله في العقار ، أما في المنقول فإن من يشتره من غير مالك ويكون

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩١٨ (تطبيق المادة ٩٦٩ مدني مصري في فقرتيها الأوليين . أما الفقرة الثالثة من المادة ٩١٨ مدني سوري فتجرى على الوجه الآتي : « والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بأحدى الوسائل التالية : الاستيلاء على الأراضى المرات . انتقال الملك بالإرث أو الوصية ، الهبة بين الأحياء بدون عوض أو بموض ، البيع أو الفراغ » . وظاهر أن السبب الصحيح في التقنين السوري أوسع بكثير من السبب الصحيح في التقنين المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٩٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٨/٢ و٣ - ١١٥٨/٢ : وإذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري ، وكان غير مسجل في دائرة الطابو واقرنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن المدة التي تمتع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات . ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت نلق الحق . ١١٥٨/٣ : والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بأحدى الوسائل الآتية : (أ) الاستيلاء على الأراضى المرات . (ب) انتقال الملك بالإرث أو الوصية . (ج) الهبة . (د) بيع أو الفراغ . (والتقنين العراقي ، في تحديد السبب الصحيح ، يوافق التقنين السوري ، وهو أوسع من التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ : يكتسب حق انقيد في السجل العقاري ، فيما يتعلق بالمعارات والحقوق غير المنقيدة في السجل العقاري ، بوضع يد الشخص بصورة هادئة متباعدة مدة خمس سنوات ، هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه ، بشرط أن يكون لدى واضع اليد سبب محقق . (وأحكام القانون اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ، ولم يصرح القانون اللبناني بشرط حسن النية) .

حسن النية يتملكه في الحال بمجرد الحيازة كما سيأتي ، وذلك بموجب القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية .

فالقانون هنا يعالج حالة خاصة ، هي حالة من يتلقى الملكية من غير مالك بسبب صحيح وهو حسن النية . وقد وجده جديرا بالعناية ، وأراد أن يحصنه من مطالبة المالك الحقيقي له . فلم ير أن يجعله معرضا لهذه المطالبة طوال مدة الخمس عشرة سنة وهي المدة اللازمة للتملك بالتقادم المكسب الطويل ، بل قصر هذه المدة إلى خمس سنوات في العقار ، وألغاهما أصلا في المنقول فيتملك الجائر المنقول بمجرد الحيازة ، وذلك كله جزاء على حسن النية المدعوم بالسبب الصحيح . فالتقادم المكسب القصير في العقار ، ومدته خمس سنوات ، أريد به تغطية من يتعامل في العقار مع غير المالك ، فيصبح بعد انقضاء هذه المدة القصيرة كأنه تعامل مع المالك (١) .

والتقادم المكسب القصير ، على النحو الذي بيناه يشترك في أكثر قواعده مع التقادم المكسب الطويل ، ثم يفرد بقواعد خاصة به .

٤١٨ - القواعد التي يشترك فيها التقادم المكسب القصير مع التقادم

المكسب الطويل : الأصل أن قواعد التقادم المكسب الطويل تسرى على التقادم المكسب القصير ، إلا فيما استثنى بنص خاص . وعلى ذلك يسرى على التقادم المكسب القصير قواعد التقادم المكسب الطويل فيما يتعلق بالأمور الثلاثة الجوهرية الآتية : (١) كيف يتحقق التقادم . (٢) أعمال التقادم . (٣) الآثار التي تترتب على التقادم . وقد سبق أن طبقنا نفس القواعد على كل من التقادم الطويل والتقادم القصير في مناسبات مختلفة .

١ - ففيما يتعلق بتحقيق التقادم ، يتحقق التقادم المكسب القصير طبقا للقواعد التي يتحقق بها التقادم المكسب الطويل . فيجب أن يكون العقار الخاضع للتقادم المكسب القصير عقارا قابلا للتعامل فيه ، وقابلا للحيازة (٢) . ومن

(١) فالتقادم المكسب القصير ، إلى جانب حمايته لاستقرار التعامل ويشترك في ذلك مع التقادم المكسب الطويل (أنظر آتفاً فقرة ٢٦٧) ، يحرم أيضاً الحائز حسن النية المستند إلى سبب صحيح ، فيستلزم هذا الحائز العقار بخمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة (بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٠) .

(٢) آتفاً فقرة ٣٧٣ .

ثم لا يسرى التقادم المكسب القصير على اليومين العشرة (١) ، ولا على لثومين
الخاص (٢) ، ولا على الوقف الخيري (٣) . ويجب أن يخضع لعقل الحيازة
مستوفية لعنصرها المادى والمعنوى ، وخالية من العيوب (٤) . ومدة التقادم
وهى خمس سنوات فى التقادم القصير كما قدمنا ، لا يجوز الاتفاق على تعديله .
وتحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الأول . وتكمل
بانقضاء آخر يوم منها (٥) . ويبدأ سريان التقادم من اليوم التالى لليوم الذى
بدأت فيه الحيازة (٦) ، ولا يسرى فى الحقوق المتعلقة على شرط واقف إلا
من وقت تحقق الشرط ، ولا فى الحقوق المقررة بأجل إلا من وقت حلول
الأجل (٧) . ولا فى الحقوق الاجمالية إلا من وقت تكامل عناصرها (٨) .
وإذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حولا ، فإن ذلك
يكون قرينة على قيامها فى المدة . ما بين الزمنين مالم يعم الدليل على العكس (٩) .
وتسرى قواعد ضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين على الوجه الذى بسطناه فى
التقادم الطويل (١٠) . وتسرى قواعد وقف التقادم على النحر الذى قدمه ،
فلا يسرى التقادم القصير ، كما لا يسرى التقادم الطويل . كلما وجد مانع
يتعذر معه على المالك أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا (١١) ومن أسباب
وقف التقادم أسباب تتعلق بالشخص (١٢) ، ومنها أسباب ترجع إلى ظروف
مادية اضطرارية (١٣) . كذلك تسرى قواعد انقطاع التقادم . فينقطع التقادم

(١) آنفاً فقرة ٣٧٤ .

(٢) آنفاً فقرة ٣٧٥ .

(٣) آنفاً فقرة ٣٧٦ .

(٤) آنفاً فقرة ٣٧٨ .

(٥) آنفاً فقرة ٣٨٠ .

(٦) آنفاً فقرة ٣٨١ .

(٧) آنفاً فقرة ٣٨٢ .

(٨) آنفاً فقرة ٣٨٣ .

(٩) آنفاً فقرة ٣٨٤ .

(١٠) آنفاً فقرة ٣٨٥ .

(١١) آنفاً فقرة ٣٨٦ .

(١٢) آنفاً فقرة ٣٨٨ - فقرة ٣٩٠ .

(١٣) آنفاً فقرة ٣٩١ .

(١٤) آنفاً فقرة ٣٩٢ .

القصر بالمطالبة القضائية (١) . وباقرار الحائز بحق المالك (٢) ، وبفقد الحيازة (٣) .

٢ - وفيما يتعلق باعمال التقادم ، يكون اعمال التقادم القصير ، كاعمال التقادم الطويل ، عن طريق التمسك بالتقادم ، فلا تنضى المحكمة بالتقادم القصير من تلقاء نفسها ، بل لا بد من التمسك به (٤) ، ويتمسك به الحائز وكل ذى مصلحة (٥) ، ويجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى (٦) . ولا يجوز النزول عن التقادم القصير مقدما قبل ثبوت الحق فيه (٧) ، ولكن يجوز النزول عنه بعد ثبوت الحق فيه (٨) ، كما يجوز النزول عن المدة التى أنقضت فى تقادم قصيرة لم يكتمل (٩) .

٣ - وفيما يتعلق بالآثار التى تترتب على التقادم ، تترتب على التقادم القصير نفس الآثار التى تترتب على التقادم الطويل . فالتقادم القصير سبب لكسب الملكية (١٠) ، وهو يكسب الملكية بأثر رجعى (١١) ، ويتخلف عنه التزام طبيعى (١٢) .

(١) آنفاً فقرة ٣٩٥ - فقرة ٣٩٨ .

(٢) آنفاً فقرة ٣٩٩ - فقرة ٤٠٢ .

(٣) آنفاً فقرة ٤٠٣ - فقرة ٤٠٤ .

(٤) آنفاً فقرة ٤٠٧ .

(٥) آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٦) آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٧) آنفاً فقرة ٤١١ .

(٨) آنفاً فقرة ٤١٢ .

(٩) آنفاً فقرة ٤١٣ .

(١٠) آنفاً فقرة ٤١٤ .

(١١) آنفاً فقرة ٤١٥ .

(١٢) آنفاً فقرة ٤١٦ - وإذا تملك الحائز العقار بالتقادم القصير ، أصبح و مأمّن

من دعوى استحقاق ترفع عليه من المالك الأصل للعقار . فإذا فرض أن هذا المالك باع العقار وكان البيع قابلاً للإبطال أو الفسخ وباع المشتري العقار لمشتريان حسن النية ، ثم أبطل المالك الأصل البيع الأول أو فسخه ، فإن المشتري الأول يعتبر أنه لم يملك العقار أصلاً . وفى هذه الحالة يمتدح المشتري الثانى العقار بالتقادم القصير إذا بق حائزاً له مدة خمس سنوات ، فقد اشترى من غير مالك ويحسن نية . ولا يستطيع المالك الأصل أن يسترد منه العقار بدعوى استحقاق . لأن دعوى الاستحقاق هذه يعول دونها تملك الحائز العقار بالتقادم القصير . (بودرى وتيميه فقرة ٦٩٨) . فإذا كان البيع الصادر من المشتري الأول للمشتري الثانى أى نفس السبب المصحح الذى تلقى به الحائز العقار ، هو أيضاً بيع قابلاً للإبطال أو الفسخ ، فإن المشتري الأول =

ويمكن القول بوجه عام إن جميع القواعد التي تسرى على التقادم الطويل تسرى على التقادم القصير ، فيما عدا مسائل معينة يفرد بها تقادم القصير ، تنتقل الآن إليها .

٤١٩ - القواعد التي يفرد بها التقادم المسلب القصير : يمكن حصر

هذه القواعد في أوبع : المدة التي يتم بها التقادم القصير . واقتصار التقادم القصير على العقار دون المنقول . وضرورة قيام السبب الصحيح . واقران السبب الصحيح بحسن النية .

أما المدة في التقادم القصير فهي خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة كما تقدم القول ، ونحسب على الوجه الذي نحسب به مدة الخمس عشرة سنة في التقادم الطويل ، وقد سبق بيان ذلك (١) . ولا نحسب مدة الخمس السنوات إلا من وقت اجتماع السبب الصحيح والحيازة ، فإذا سبقت الحيازة السبب الصحيح أو سبق السبب الصحيح الحيازة ، لم تسر المدة إلا بعد أن ينضم السبب الصحيح إلى الحيازة أو تنضم الحيازة إلى السبب الصحيح .

ويقصر التقادم القصير على العقار دون المنقول . فلا يخضع لهذا التقادم إلا عقار معين بالذات ، أو حق عيني على عقار كحق الانتفاع بالعقار وحق الارتفاق الظاهر وحق رهن الحيازة العقاري . أما المجموع من المال (universalité) ولو لم يشتمل إلا على عقارات ، فلا يخضع للتقادم القصير ، كما لا يخضع للتقادم الطويل فيما قدمنا (٢) . فمن اشترى من الوارث الظاهر نصيبا في الميراث أى جزءا من مجموع التركة ، وهو حسن النية يعتقد أن البالغ هو الوارث

يستطيع أن يبطله أو يفسخه إذا لم تكن دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ قد سقطت ، فيسترد العقار من المشتري الثاني حتى لو سبق هذا حائزاً له مدة خمس سنوات . وما كان المالك الأصلي الذي صدر منه البيع الأول هو دائن للمشتري الأول ، فإنه يستطيع استعمال دعوى مدينه في إبطال البيع الثاني أو فسخه ، فيعود العقار إلى المشتري الأول ، ثم يعود المالك الأصلي إلى إبطال أو فسخ البيع الأول الصادر منه ، فيسترد العقار (بودرى وتيسيه فقرة ٦٩٩ ص ٥٣٩) . هذا وإذا عجز المالك الأصلي عن استرداد العقار بعد أن أبطل أو فسخ البيع الصادر منه للمشتري الأول ، بسبب أن المشتري الثاني حاز العقار وهو حسن النية خمس سنوات . فملكه بالتقادم القصير ، فإن المالك الأصلي يرجع بالتعويض على المشتري الأول (بودرى وتيسيه فقرة ٧٠٠) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٠ - فقرة ٣٨٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٧٣ .

الحقيقي ، لا يملك بالتقادم القصير ما اشتراه ولو كان كله عقاراً . فالتقادم القصير إنما يحول إذن دون دعوى استحقاق عقار بالذات برفعها مالك هذا العقار ، ولا يحول دون دعوى الإرث برفعها الوارث الحقيقي (١) .
بقي السبب الصحيح وحسن النية ، وهذان هما دعاءتا التقادم المكسب القصير ، فنتناولهما فيما يلي بحث مفصل .

§ ١ - السبب الصحيح

٤٢٠ - **تعريف معنى السبب الصحيح** : المفروض أن عقاراً انتقلت حيازته إلى شخص ، وأن انتقال الحيازة يرجع إلى سبب قانوني يوجب انتقالها . فإذا كان هذا السبب هو تصرف قانوني (acte juridique) ناقل للملكية (translatif de propriété) كالبيع والوصية ، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صادر من غير مالك (٢) ، وكان ينقلها لو أنه صدر من المالك ، فهذا هو السبب الصحيح (juste titre) في معنى التقادم المكسب

(١) بودري وتيسيه فقرة ٦٥١ - فقرة ٦٥٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٠ من ٧١٠ - كولان وكابيتان دوى لاموراندوير ١ فقرة ١٢٠٣ من ٩٧٩ - ماري ورينو فقرة ١٩٨ .

(٢) أي من شخص لم يملك أصلاً ، أو كان مالكا ولكن ملكيته زالت بأثر رجعي (كاربوينيه من ٢٠٨) . والتصرف الصادر من الوكيل أو النائب مجاوزاً فيه حدود النيابة لا يعتبر تصرفاً صادراً من غير مالك ، فلا يصلح سبباً صحيحاً ، فهو لم يصدر من الأصيل ، وكذلك لم يصدر من النائب أصالة عن نفسه بل باسم الأصيل (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢١ من ٦٤٨ هامش ٢) . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان السبب الصحيح هو السند الذي يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، وكان ثابت في الوقائع أن هذا البيع الصادر للطاعنين إنما صدر لهما من وكيل عن المالك للأطيان المبيعة ، فإنه لا يتأتى في هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح . وإنما يتعين في هذا المجال إعمال ما تنقضى به الأحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد وبأثار الوكالة فيما تقرره هذه الأحكام من أن على الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ، ومن أنه إذا خرج عن حدودها وأبرم عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات لا يضاف إلى الأصل إلا إذا أجاز التصرف (نقض مدني ١٢ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ من ٢٩١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع وكيل مال الموكّل مجاوزاً في ذلك حدود الوكالة ، لم يصلح البيع أن يكون سبباً صحيحاً (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ من ١٢٢) .

القصير (١) . وسعى « صحيحاً » (juste) لأن كان يتقل الملكية لو صدر من المالك ، لا لأنه خال من أسباب البطلان فسئرى أن التصرف القابل للإبطال يعتبر مع ذلك « سبباً صحيحاً » (٢) . فاللهم في السبب الصحيح هو أن يكون

(١) نقض مدى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - استئناف وطنى ٥ يناير سنة ١٩٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٩٠ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٤ ص ١٧١ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - استئناف مخطوط أول مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٦ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٠ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المراد بالسبب الصحيح في تلك المقار بالتقادم الخمس هو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد في حيازته للمقار . ويعمل وضع يده فيه حالاً سلباً من شبهة النصب في نظره واعتقاده . والمراد بكون السبب صحيحاً في هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلاً للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف . ولهذا يصلح العقد الباطل بطلاناً نسبياً . وكذلك العقد المعلق على شرط فسخ مدة قيام هذا الشرط ، لأن يكون سبباً صحيحاً لتملك المشتري على أساسه المقار بوضع اليد (نقض مدى ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١) - وانظر نقض مدى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ١ ص ٤٥٢ رقم ٥١ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٠ ص ٦٩١ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٥ ص ١١٢٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٩٣ رقم ٥٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٢٤٣ (بيع صادر من مالك لا يصلح سبباً صحيحاً) - ٢٢ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٦٨ (تمسك الراى عليه المزار بحكم مرسى المزار ، وهو لم يصدر إلا بعد الحكم بتبعية العين لجهة الواف ، يعتبر تمسكاً بتصرف صادر من غير مالك ، فيصلح هذا التصرف لأن يكون سبباً صحيحاً) - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٠٣ (مقدار يحوزة واضع اليد خارجاً عن عقد مشتراه قسراً حيازته غير مستندة إلى سبب صحيح . فلا يملكه الحائز إلا بالتقادم الطويل) - ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٦٢ ص ٣٩٨ (تصرف صادر من مالك لا يصلح سبباً صحيحاً) . وإذا باع المالك على الشيوع جزءاً من المقار مفزراً ، فإن البيع يعتبر صادر من غير مالك فيصلح أن يكون سبباً صحيحاً (نقض مدى ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣ - ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٢ ص ٦٥٥) .

وقضت محكمة النقض بأن السبب الصحيح للإزام توافره تملك بالتقادم الخمس هو نص

صادراً من غير المالك على اعتبار أنه هو المالك فيتعاقد بالأصالة عن نفسه ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون العقد مشوباً بعيوب أخرى أو غير مشوب مادام له وجود قانوني . ولأنه صادر من غير المالك فهو لا ينقل الملكية إلى الخائر ، ومن أجل ذلك شرع التقادم المكسب القصير لحماية الحائز حسن النية الذي صدر له هذا السبب الصحيح . فإن هذا الحائز ، إذا كان لا يكسب الملكية بموجب هذا التصرف القانوني ، فإنه يكسبها بتقادم قصير مدته خمس سنوات فقط رعاية لحسن نيته . حتى لا يبقى معرضاً لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي طوال خمس عشرة سنة ، إذ لم يفتح له القانون إلا باب التقادم المكسب الطويل أسوة بالحائز سيء النية أو الحائز حسن النية ولكن ليس معه هذا السبب

عليه المادة ٢/١٩٦٩ مدني «سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء . أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون » . والمتصرف الذي لا يعد مالكا في المعنى المقصود بهذا النص هو شخص يكون غير مالك للشيء ويستحيل عليه أن ينقل ملكيته إلى من تصرف إليه ، وعلة ذلك أن التملك بالتقادم القصير المدة إنما شرع لحماية من يتعامل بحسن نية مع شخص لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية . ومن ثم فإن البائع إذا كان منه عقداً غير مسجل صادراً إليه من المالك الحقيقي ، فإنه لا يكون للشري أن يملك بتلك المبيع بالتقادم الخسني لأن البائع وإن كان لا يعتبر مالكا إلا أنه يستطيع الحصول على الملكية بتسجيل العقد الصادر له من المالك أو بمطالبة المالك مطالبة قضائية بتنفيذ التزامه عيناً بنقل الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر بعد ذلك (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢ ص ٧٤) . وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر سبباً صحيحاً عقد البيع الصادر إلى الزوجة لا أصالة عن نفسها بل باعتبارها اسماً مستعاراً ، إذ يشترط في السند الذي يعتبر سبباً صحيحاً أن يكون صادراً إلى المتسلك بالتقادم نفسه (نقض مدني ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٣٨ ص ١٠١٩) .

وانظر في وجوب أن يصدر السبب الصحيح من غير المالك : استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ٦١ - أول مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٠ - ٢ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٦٥ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٠ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤١ - وقارن مع ذلك أحكاماً شاذة تقرر جواز صدور السبب الصحيح من المالك : استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٢ - ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٩٢ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥١ - ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٧٢ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ .

الصحيح (١) . ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية ، فكل تصرف ناقل أو منشيء لحق عيني قابل لأن يكسب بالتقادم ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق الظاهر وحق الرهن الحيازي . إذا صدر من غير صاحب هذا الحق لشخص آخر ، يعتبر هو أيضاً سبباً صحيحاً . فالعقد الذي ينشئ أو ينقل حق انتفاع ممن لا يملكه ، والعقد الذي يربط حق ارتفاق ظاهر من غير مالك العقار المرتفق به ، ورهن الحيازة الصادر من غير مالك العقار المرهون . كل هذه تصرفات تعتبر سبباً صحيحاً لا تنشئ أو تنقل

(١) فإذا كان السبب الصحيح صادراً من المالك . وكان تصرفاً قديماً بطلاً أو قابلاً للإبطال ، فليس هنا مجال تطبيق التقادم المكسب القصير ، وإلزامه بإعماله في هذه الغروض هي قواعد البطالان (مصر الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص ٥٧ - مازو فقرة ١٥٠٤ ص ١٢٠٦) . على أنه يوجد فرض غور فيه إعمال التقادم المكسب القصير ويكون الحائز قد تعامل مع المالك : يبيع المالك العقار ، رقبيل أن يسجل المشتري عقده ببيع المالك العقار مرة ثانية لمشتري ثان يسجل عقده ، فستقل الملكية لمشتري الثاني صفاً لقواعد التسجيل . ثم يسجل المشتري الأول عقده وهو حسن النية ، أي دون أن يعلم أن استع قد بيع العقار مرة ثانية لغيره وأن المشتري الثاني قد سبق إلى تسجيل عقده . ففي هذا الفرض إذا حاز المشتري الأول العقار بعد تسجيل عقده ، فإنه يستطيع أن يتسلط بالتقادم القصير ، مع أنه تعامل مع المالك (أنظر في هذا الفرض مازو فقرة ١٥٠٤ ص ١٣٠٦ - ص ١٣٠٧ - نقض فرنسي ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٤ - ج - ٢٤) . ولكن محكمة النقض في مصر قد قضت بأنه لا محل لتطبيق التقادم التمسى إذا بيع العقار مرتين لشخصين سجل أحدهما عقده وحاز الآخر الذي لم يسجل عقده المبيع خمس سنوات ، ذلك أن التصرف هنا صادر من مالك ، ويكون التفاضل بين المشتريين المتزاحمين على أساس الأسبقية في التسجيل (نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧) . وأنظر استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٧٧ ص ١٣١ - استئناف محتلط ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٦ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ - محمد علي عرفة فقرة ١٣٤ ص ٢٤١ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٣٤ ص ٥٧٣ - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ص ٦٤٩ - ص ٦٥٠ .

أما إذا صدر التصرف من مالك ممنوع من التصرف ، فإن هذا التصرف لا يصلح سبباً صحيحاً لأنه صادر من مالك ولأنه تصرف باطل (م ٨٢٤ مدني - وقانون حسن كيرة ص ١٢٧) . وإذا صدر التصرف من وارث وكانت التركة مستغرقة ، اعتبر التصرف صادراً من مالك فلا يصلح سبباً صحيحاً ، لأن الوارث يملك أعيان التركة فور موت المورث ولو كانت التركة مستغرقة (حسن كيرة ص ١٢٨ - عكس ذلك نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥) .

بذاتها الحق العيني ، ولكن يستطيع الحائز حسن النية أن يستند إليها ليكسب الحق بالتقادم المكسب القصير (١) .

وإذا كان التصرف القانوني الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون « سببا صحيحا » ، أى تصرفا ناقلا للملكية على النحو سالف الذكر ، فإن سند المتصرف نفسه الذى استند إليه فى تصرفه للحائز لا أهمية له . فقد يكون هذا المتصرف هو أيضا حسن النية وعنده سبب صحيح لم ينقل إليه الملكية ، وقد لا يكون عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية يعتقد أنه يملك العقار الذى يتصرف فيه ، وقد يكون حائزا عرضيا كمستأجر وقد باع العقار المؤجر إلى الحائز ، وقد يكون حائزا سىء النية اغتصب العقار وباعه إلى الحائز . فيستوى إذن أن يكون عند المتصرف سند أو ليس عنده سند ، ويستوى أن يكون حسن النية أو سىء النية ، ويستوى أن يكون حائزا أصيلا أو حائزا عرضيا أو غير حائز أصلا (٢) . والمهم فيه أن يكون غير مالك للعقار non dominus ، أو غير صاحب الحق الذى تصرف فيه للحائز (٣) .

٤٢١ - ما يعتبر سببا صحيحا . وتطبيقا لما قدمناه ، يعتبر على الأخص

سببا صحيحا :

١ - عقد البيع : وهو السبب الصحيح الأكثر شيوعا فى الحياة العملية . فعقد البيع الصادر من غير المالك على اعتبار أنه هو المالك يتعاقد بهذه الصفة ، أى بيع ملك الغير ، يعتبر سببا صحيحا ، إذ البيع عقد ناقل للملكية وقد صدر

(١) ومن أجل ذلك عرفت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدى (أنفاً فقرة ٤١٧) السبب الصحيح بأنه «سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم» . ولو كان نص تشريعى مهمته أن يتولى التعريفات الفقهاء ، لأضاف النص سالف الذكر إلى ما تقدم : وكان ينقل الملكية أو الحق لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٦٥٦ ص ٥٠٣ - بلانويل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٥٦ .

(٣) استئناف مخطوط ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣ - ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٣٠٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ - وحتى لو كان مالكا وتصرف فى العقار ، ثم فسخت ملكيته لتحقيق شرط فاسخ أو سبب دعوى فسخ أو دعوى إبطال أو غير ذلك ، فزالت ملكيته بأثر رجعى ، فإن التصرف الصادر منه فى العقار يعتبر صادرا من غير مالك ، ومن ثم يصلح أن يكون سببا صحيحا .

من غير مالك فتوافرت فيه شروط السبب الصحيح . فشترى العقار من غير المالك ، إذا كان حسن النية . بتملك العقار بالتقادم المكسب القصير إذا دامت حيازته خمس سنوات .

٢ - عقد المقايضة : فلو قايض شخص شخصاً آخر منزلاً بأرض ، وكان لا يملك المنزل الذى قايض به ، وكان المقايض الآخر يعتقد بحسن نية أن المقايض الأول يملك المنزل : فإن المقايض الآخر يتوافر عنده على هذا الوجه السبب الصحيح وهو عقد المقايضة لأنه تصرف قانونى ناقل للملكية ، وحسن النية : فيستطيع أن يملك المنزل بالتقادم المكسب القصير (١) .

٣ - عقد الهبة : وهو تصرف قانونى ناقل للملكية ، فيصلح أن يكون سبباً صحيحاً . فلو وهب شخص عقاراً لآخر وكان لا يملك هذا العقار ، ولكن الموهوب له كان يعتقد أن الواهب يملك العقار الموهوب . فإن الموهوب له في هذه الحالة يتوافر عنده السبب الصحيح وهو عقد الهبة مع حسن النية ، فيستطيع أن يملك العقار الموهوب بالتقادم المكسب القصير .

٤ - الوصية بعقار معين بالذات : والوصية وإن كانت تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد ولا تنتج أثرها إلا عند الموصى ، إلا أنها مع ذلك تعتبر كالبيع تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية : ومن ثم يصلح أن تكون سبباً صحيحاً إذا صدرت من غير مالك . فلو أن الموصى كان لا يملك العقار الذى أوصى به ، وكان الموصى له وقت موت الموصى يعتقد أن الموصى يملك العقار ، فإن الموصى له يكون قد توافر عنده . إلى جانب السبب الصحيح وهو الوصية ، حسن النية : فيستطيع أن يملك العقار الموصى به بالتقادم المكسب القصير (٢) .

٥ - زسو مزاد العقار المحجوز عليه (adjudicatum sur saisie) وهو بمثابة بيع ، البائع فيه هو المدين والمشتري هو الراعى عليه المزاد . فيكون تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية : ومن ثم يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . فلو أن العقار كان غير مملوك للمدين . ورسا مزاده على شخص يعتقد أنه مملوك للمدين . فقد توافر عند الراعى عليه المزاد السبب الصحيح وهو زسو المزاد . وحسن

(١) استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ .

(٢) وسرى قيسايل أن قصة الميراث ، باعتبارها وصية بأعيان مينة ، تصلح هي أيضاً أن تكون سبباً صحيحاً (أنظر آنفاً فترة ٤٢٢) .

النية . وعلى ذلك يجوز أن يملك العقار الذي رسا مزاده عليه بالتقادم المكسب القصير (١) .

٦ - الوفاء بمقابل (dation en paiement) : وهو أيضا تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع ، فيصلح أن يكون سببا صحيحا (٢) . فلو أن المدين وفي دينه بمقابل هو عقار ، وكان لا يملك هذا العقار ، وكان الدائن حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للمدين ، فإن الدائن يكون على هذا النحو قد توافر عنده السبب الصحيح وهو الوفاء بمقابل الصادر من غير مالك . وحسن النية ، ومن ثم يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير .

٧ - تقديم الشريك عقارا حصة له في الشركة (apport en société) : وهذا أيضا تصرف قانوني ناقل للملكية : إذ أن الشريك ينقل بهذا التصرف ملكية العقار للشركة . فلو أن الشريك كان لا يملك العقار ، ومع ذلك قدمه حصة له في الشركة ، فإن تقديم العقار على هذا النحو يعتبر سببا صحيحا . وعلى ذلك إذا كانت الشركة حصة النية أى تعتقد أن العقار مملوك للشريك ، فإنها بذلك تكون قد توافر عندها السبب الصحيح وهو تقديم العقار حصة في الشركة وحسن النية ، فتستطيع أن تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (٣) .

(١) استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٦٦ - ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٣ ص ٣٤٥ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٩ - ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٥٢ - ٤ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٥ - أما إذا كان الراعى عليه المزداد سوء النية ، فإنه لا يملك بالتقادم القصير (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٥٢٠) .

(٢) أما الوفاء فلا يعتبر سببا صحيحا ، إلا إذا كان ناقلا للملكية وهذا نادر (بودرى وتيسيه فقرة ٦٥٧ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٧ ص ٩٧٥) .

(٣) وفي رأينا أن الأخذ بالشفعة يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو أن عقارا باعه غير مالك لمشتري حسن النية ، فأخذه شفيع بالشفعة وهو حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للبائع ، فإن الشفيع يستطيع أن يستند إلى الشفعة باعبارها سببا صحيحا وإلى حسن نيته ، فيمتلك العقار بالتقادم المكسب القصير . ونخرج للرأى الذى نقول به بأمرين : (أولا) أن الشفعة واقعة مركبة ، ويدخل في تركيبها إرادة الشفيع في أن يأخذ بالشفعة ، وهذه الإرادة هى تصرف قانوني ناقل للملكية . (ثانيا) أن الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه ، ومن حق المشتري حسن النية الذى اشترى من غير مالك أن يملك العقار المبيع بالتقادم المكسب القصير ، فكذلك الشفيع الذى حل محله يستطيع هو أيضا أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير - أنظر استئناف مخطط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٨ - منصور مصطفى منصور - فقرة ١٧٩ ص ٤٢٠ - وقرب إساعيل غانم ص ١٢٠ .

٤٢٢ - **علا يعتبر سببا صحيحا** : ولما كان السبب الصحيح هو ، كما

قدمنا ، تصرف قانوني ناقل للملكية ، فلا يكون سببا صحيحا الوقائع المادية إذ هي ليست بتصرفات قانونية ، ولا التصرفات القانونية التي تقتصر على إنشاء التزامات شخصية ، ولا التصرفات القانونية التي لا تنقل الملكية ولكن تقتصر على الكشف عنها (١) . ومن ثم لا يعتبر ، بوجه خاص ، سببا صحيحا :

١ - الميراث في عقار معين بالذات : فهو وإن كان ينقل الملكية ، إلا أنه واقعة مادية هي موت المورث ، وليس تصرفا قانونيا ، فلا يعتبر سببا صحيحا . ويد الوارث إنما هي استمرار ليد المورث ، فإن كان المورث يحوز عقارا بسبب صحيح وحسن نية ، انتقلت حيازة العقار على هذا النحو إلى الوارث (٢) . وبكامل الوارث حيازة المورث فيتملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، إذا ضمت مدة حيازة المورث إلى مدة حيازته فبلغت المدتان معا خمس سنوات . ولكن ذلك لا يرجع إلى أن الميراث سبب صحيح ، فالسبب الصحيح وحسن النية كانا متوافرين عند المورث كما قدمنا ، وانتقلا كما هما إلى الوارث . أما إذا كان المورث عنده سبب صحيح ولكنه لم يكن حسن النية ، أو كان حسن النية ولكن ليس عنده سبب صحيح ، أو لم يكن عنده لا السبب الصحيح ولا حسن النية ، فإن العقار تنتقل حيازته إلى الوارث ولكن لا يستطيع أن يملكه بالتقادم المكسب القصير ولو كان حسن النية اعتمادا على أن الميراث سبب صحيح (pro herede) . ولا يملك العقار في هذه الحالة إلا بالتقادم المكسب الطويل ، وله أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه (٣) .

(١) والمادة في تطبيق نطق فكرة « السبب الصحيح » إلى هذا الحد أن السبب الصحيح شرط مستقل عن شرط حسن النية وليس مجرد عنصر من عناصر حسن النية - ولو كان السبب الصحيح عنصرا من عناصر حسن النية ، لكان أي سبب من شأنه أن يجعل الحائز يحوز العقار حيازة صحيحة بنية تمكنه كفايا لأن يكون « سببا صحيحا » (كازوييه ص ٢١٨) .

(٢) نقص مدد ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام القضاة رقم ٦٩ ص ٣١٥ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩٣ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٧ - بلانول وريير ويكر ٣ فقرة ٦٠٢ ص ٧١١ .

(٣) أنظر آتيا فقرة ٣٠١ .

٢ - عقد الإيجار وعقد العارية وعقد الحراسة وعقد الوديعة وعقد الوكالة وغيرها من العقود التي ليس من شأنها أن تنقل الملكية ولا تنشئ ، إلا التزامات شخصية : فهذه تصرفات قانونية لا تنقل الملكية ، ومن ثم لا تصلح أن تكون سببا صحيحا . فالمستأجر أو المستعير أو الحارس أو المودع عنده أو الوكيل ، بالنسبة إلى عقار تلقاه من غير مالك ، لا يستطيع أن يملك هذا العقار بالتقادم المكسب القصير حتى لو غير صفة حيازته العرضية إلى حيازة أصلية ، لأنه أولا لا يكون حسن النية ، ولأنه ثانيا لا يستطيع أن يستند إلى أي عقد من هذه العقود كسبب صحيح .

٣ - القسمة الاختيارية : فهي تصرف قانوني ولكنه غير ناقل للملكية إذ هو يقتصر على الكشف عنها ، ومن ثم لا تصلح القسمة الاختيارية أن تكون سببا صحيحا (١) . فإذ ادخل في الأعيان المقسومة عقار ليس مملوكا للمتقاسمين ووقع في نصيب أحدهم بالقسمة ، وكان هذا المتقاسم حسن النية ، فانه مع ذلك لا يستطيع تملك هذا العقار بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد القسمة ، لأن هذا العقد ليس بسبب صحيح كما قدمنا . ولكن إذا تضمنت القسمة معدلا (soulte) ، بأن قدم أحد المتقاسمين عقارا خاصا به لتعديل القسمة ، ولم يكن ما لكا لهذا العقار . فان تقديمه إياه يعتبر تصرفا قانونيا ناقلا للملكية (٢) ، ومن ثم يصلح أن يكون سببا صحيحا . وعلى ذلك لو وقع هذا العقار في نصيب أحد المتقاسمين وهو حسن النية ، فانه يستطيع أن يملكه بالتقادم المكسب القصير (٣) . كذلك تعتبر قسمة المورث سببا صحيحا ، لأنها تنقل ملكية أعيان معينة (وليس نصيبا شائعا في التركة) من المورث إلى الوراث . فلو وقع في نصيب أحد الورثة عقار أدخله المورث في القسمة ولم يكن مملوكا له ، وكان هذا الوارث حسن النية وقت موت المورث ، أمكنه

(١) وكذلك القسمة القضائية لا تصلح أن تكون سببا صحيحا ، لأنها هي أيضا لا تنقل الملكية بل تكشف عنها ، كما سئرى (أنظر مايل نفس الفقرة) عند الكلام في الحكم القضائي وفي أنه لا يصلح أن يكون سببا صحيحا .

(٢) عبد المنعم البدرارى فقرة ٥٢٣ ص ٥٧١ - إسماعيل غانم ص ١٢٠ - عبد المنعم فرج اعدة فقرة ٤١٥ ص ٦٤١ - منصور منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٢ .

(٣) بودرى ونيسيه فقرة ٦٦٢ .

تملك العقار بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى أن قسمة الميراث تعتبر كالوصية سببا صحيحا (١).

٤ - الصلح : وهو عقد كاشف عن الملك لا ناقل له . ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو أن عقارات متنازعا عليها بين شخصين وزعت بينهما صلحا ، وكان أحد هذه العقارات مملوكا لشخص ثالث ، فإن من أخذ هذا العقار صلحا لا يملكه بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد الصلح ، لأن هذا العقد ليس بسبب صحيح كما قدمنا . لكن إذا أعطى أحد المتصالحين عقارا خاصا به للمتصالح الآخر في مقابل بعض الأعيان المتنازع عليها ، فإن الصلح بالنسبة إلى هذا العقار غير المتنازع عليه يعتبر تصرفا قانونيا ناقلا للملكية . فإذا كان المتصالح الذي أعطى العقار لا يملكه ، استطاع المتصالح الآخر إذا كان حسن النية أن يملكه بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد الصلح ، فهو هنا تصرف قانوني ناقل للملكية كما قدمنا ، فيصلح أن يكون سببا صحيحا (٢) .

٥ - الحكم القضائي : وهو كاشف عن الحق لا منشيء له ولا ناقل ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فإذا رفع شخص دعوى استحقاق يطالب فيها بعقار . وحكم له ، فإن هذا الحكم لا يعتبر سببا صحيحا . وعلى ذلك إذا ثبت فيما بعد أن هذا العقار غير مملوك له ولا للمدعى عليه في دعوى الاستحقاق . ولكنه مملوك لشخص ثالث ، لم يستطع المحكوم له في دعوى الاستحقاق حتى لو كان حسن النية أن يعتبر الحكم الذي صدر لمصلحته سببا صحيحا حتى يملك العقار ضد مالكه الحقيقي بالتقادم المكسب القصير . ومن باب أولى إذا صدر الحكم في دعوى الاستحقاق لمصلحة المدعى عليه الحائز للعقار وقضى برفض دعوى الاستحقاق ، فإن المدعى عليه حتى لو كان حسن

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ هامش ٤ - بودري ونبيه فقرة ٦٦١ -

أنيسكلوبيدي دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٦١ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ هامش ٣ - بودري ونبيه فقرة ٦٦٤ -

كولان وكابيتان ودی لا مورانديير ١ فقرة ١١٩٧ ص ٩٧٦ - ص ٩٧٧ - محمد عل رفة ٢ فقرة ١٣٥ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣ - عبد المنعم البراوي فقرة ٥٢٣ ص ٥٧١ - إسماعيل انم ص ١٢٠ - عبد المنعم فرج العدة فقرة ٤١٥ ص ٦٤٢ - منصور منصور منصور رة ١٧٩ ص ٢٢٢ .

النية لا يستطيع أن يعتبر الحكم الذي صادر لمصلحة سببا صحيحا ، وأن يستند إليه لتملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (١) . وكذلك لا يعتبر سببا صحيحا الحكم الصادر بالقسمة القضائية ، فهو لا ينقل الملكية بل يكشف عنها ، ومن ثم إذا وقع عقار مملوك للغير في نصيب أحد المتقاسمين بموجب حكم القسمة ، لم يستطع هذا المتقادم ولو كان حسن النية أن يعتبر هذا الحكم سببا صحيحا لتملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (٢) . وفي قسمة التصفية (licitation) ، إذا رسا المزاد بحكم قضائي على أحد المتقاسمين ، فإن رسو المزاد يعتبر قسمة كاشفة لا باقلة ومن ثم لا يعتبر سببا صحيحا (٣) . وهذا بخلاف ما إذا رسا المراد على أجنبي ، فإن حكم رسو المزاد يعتبر بمثابة بيع ناقل للملكية ويصلح أن يكون سببا صحيحا . وكذلك الحكم برسو مزاد العقار المحجوز عليه يعتبر بمثابة بيع ينقل ملكية العقار إلى الراعي عليه المزاد ، ومن ثم يعتبر سببا صحيحا ، وقد تقدم القول في ذلك (٤) .

٤٢٣ - فروض مختلفة في السبب الصحيح : ويبقى بعد ذلك أن نستعرض

فروضا مختلفة في السبب الصحيح ، لتبين ما إذا كان المتصرف القانوني الناقل للملكية يبقى على اعتباره سببا صحيحا في الفروض الآتية : (١) التصرف القانوني الباطل . (٢) التصرف القانوني القابل للإبطال . (٣) التصرف القانوني المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ . (٤) التصرف القانوني الظني (putatif) . (٥) التصرف القانوني غير المسجل .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٣ ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٠ ص ١٩٢ .

(٢) نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ .

(٣) استئناف مخطط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٧ - نقض فرنسي ١٢ يونيو

سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ٤٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢١ - ويعتبر سببا صحيحا الحكم بالتعديق على اتفاق المتعاقدين الناقل

للملكية Jugement de convenu ou d'expédient (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٠ ص ١٩٣) .

٤٢٤ - التصرف القانوني الباطل : إذا كان التصرف القانوني الذي

تتلى الحائز توجبه حيازة العقار تصرفاً قانونياً باطلاً . وإن هذا التصرف لا يكون له وجود قانوني ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً (١) . ويستوى في ذلك أن يكون التصرف القانوني باطلاً من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع .

فاذا كان التصرف القانوني باطلاً من ناحية الشكل ، كهبة عقار باطلة لعدم كتابتها في ورقة رسمية أو كوصية باطلة لعدم استيفائها الشكل الواجب قانوناً ، فإن كلا من الهبة والوصية لا يكون له وجود قانوني . ولا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . فلو وهب شخص لآخر عقاراً لا يملكه في ورقة غير رسمية . فإن الهبة تكون باطلة . ولا يستطيع الموهوب له ولو كان حسن النية أن يعتبرها سبباً صحيحاً ليمتلك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (٢) . ولكن إذا أمكنت إجازة الهبة الباطلة شكلاً ، فإنها تنقلب إلى هبة صحيحة ، ومن ثم تصلح أن تكون سبباً صحيحاً . وفي هذا الصدد تنص المادة ٤٨٩ مدني على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل . فلا يجوز له أن يستردوا ما سلموه » . وقد قدمت عند الكلام في أدية أنه إذا سلم الواهب أو ورثته هبة باطلة في الشكل . فإنه لا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه ، لا لأن التنفيذ وفاء لالتزام طبيعي . بل لأنه إجازة بطريقة خاصة نص عليها القانون في المادة ٤٨٩ مدني هبة باطلة في الشكل .

(١) وكالتصرف الباطل التصرف الصوري . فلا يصلح سبباً صحيحاً البيع الصوري لأن المشتري صورياً ليست عنده نية التملك (استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢ ص ١٩٤ - استئناف مخطط ١٥ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨٥) . وانظر محمد كامل مرسي ٤ ص ١٧٤ - عابد المنعم ابدراوى فقرة ٥٣٥ ص ٥٧٤ - إسماعيل غانم ص ١٢١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٤ - حسن كيرة ص ١٢٥ .

(٢) استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢ ص ١٩٤ - ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٧ ص ١٩٩ - أول يونيو سنة ١٩١٥ اشترائع ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٧٣ - استئناف ١١ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ : المجموعة ٩ رقم ٣٨٦ ص ٩٥١ .

وهذه الإجازة صححت الهبة (١) . وعلى ذلك إذا نفذ الواهب أو ورثته هبة العقار المملوك للغير تنفيذا اختياريا بأن سلموا العقار للموهوب له ، فقد أصبحت الهبة صحيحة وصارت صالحة لأن تكون سببا صحيحا ، واستطاع الموهوب له الذى تسلم العقار إذا كان حسن النية أن يملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير .

وإذا كان التصرف القانونى باطلا من ناحية الموضوع ، لم يكن له وجود قانونى أيضا ، فلا يصلح لأن يكون سببا صحيحا (٢) ، وعلى ذلك لا يكون البيع الباطل لعدم مشروعية السبب أو لصدوره من عديم التمييز سببا صحيحا يحجز التملك بالتقادم المكسب القصير . وإذا اشترى قاض أو محام عقارا متنازعا فيه ، وكان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر أعماله فى دائرتها ، كان الشراء باطلا (م ٤٧١ مدنى) فلا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فاذا كان العقار المتنازع فيه غير مملوك للبائع ، فإن المشتري ولو كان حسن النية لا يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر له على هذا النحو ، ولا يصح له أن يعتبره سببا صحيحا لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير (٣) .

(١) انوسيف ه فقرة ٤٦ - أما فى التقنين المدنى الفرنسى ، فتقصر المادة ١٣٤٠ منه إمكان التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل وإجازة هذه الهبة بوجه عام ، على ورثة الواهب دون الواهب نفسه . ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف التزام طبقى من الهبة الباطلة فى الشكل فى جانب ورثة الواهب ، ومن لا يصحح التنفيذ الاختيارى بطلان الهبة ، فلا تصلح الهبة الباطلة فى الشكل لأن تكون سببا صحيحا حتى بعد أن ينفذها الورثة تنفيذا اختياريا (أنظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٢ هامش ٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣) . ويذهب بعض آخر إلى أن الهبة الباطلة فى الشكل تصبح صحيحة بتنفيذها تنفيذا اختياريا من جانب الورثة ، ومن ثم تصلح بعد هذا التنفيذ الاختيارى لأن تكون سببا صحيحا (ترو لون ١ فقرة ٩٠١ - جيوار ٢ فقرة ٥٥٧ - لوران ٣٢ فقرة ٣٩٢ - فقرة ٣٩٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٩) .

(٢) لأنه لم يكن لينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٨ ص ٥١٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن صدور الحكم ببطان قرار إنهاء الوقف يقتضى اعتبار الإنهاء عديم الأثر ، ومن ثم فإن صفة الوقف لم تنزل عنه وكانت لازمة به وقت صدور التصرف فيه بالبيع قبل الحكم بذلك البطان ، وبالتالي يكون هذا التصرف قد وقع باطلا بطلانا مطلقا

٢٥- التصرف القانوني القابل للإبطال : أما إذا كان التصرف قابلاً للإبطال ، فإنه يكون له وجود قانوني ، ومن ثم يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً ، لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (١) .

فإذا باع قاصر عقاراً مملوكاً للغير ، كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر ، وجاز اعتباره سبباً صحيحاً . فلو أن المشتري كان حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للقاصر (٢) ، فإنه يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر له من القاصر بالرغم من أنه بيع قابل للإبطال ، وأن يعتبره سبباً صحيحاً يجوز له أن يملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقي بالتقدم المكسب القصير (٣) .

وإذا باع شخص عقاراً مملوكاً للغير ، وكان البيع يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه فكان قابلاً للإبطال لهذا السبب أيضاً ، فإنه يصلح في هذه الحالة أن يكون سبباً صحيحاً . فلو أن المشتري كان حسن النية فإنه يستطيع أن يستند

= ولا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً في التملك بالتقدم الخس (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٧ ص ١١٢٤) . وانظر استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢١٣ (مقايضة ناقلة لعدم بيان الأعيان المقايض عليها بياناً كافياً) - ١٥ يولييه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣١١ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٣ .

(١) بلانيون وريبير وبيكر ٣ فقرة ٦٠٤ ص ٧١٣ - مازو فقرة ١٥٠٣ ص ١٢٠٥ نقض فرنسي ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٦ سيريه ١٩٥٦ - ١ - ٧٩٩ - والمقصود هنا أن يكون التصرف القانوني قابلاً للإبطال لسبب آخر سوى صدوره من غير مالك ، وذلك لأن السبب الصحيح هو تصرف قانوني صادر من غير مالك ، فيكون دائماً قابلاً للإبطال ، كبيع ملك الغير وهبة ملك الغير . ولا شك في أن التصرف القانوني الصادر من غير مالك ، والذي يكون قابلاً للإبطال لهذا السبب ، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، بل هو عين السبب الصحيح . فالمطلوب بحقه هنا إذن هو ما إذا كان التصرف القانوني القابل للإبطال ، لسبب آخر سوى صدوره من غير مالك ، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . وقد رأينا أنه يصلح لأن له وجوداً قانونياً ، بخلاف التصرف القانوني الباطل الذي لا وجود له .

(٢) حتى لو علم أن البائع قاصر وأن البيع قابل للإبطال لهذا السبب ، فحسن نية المشتري لا يثأثر بهذا العلم بالنسبة إلى التقدم المكسب القصير ، مادام المشتري يعتقد أن القاصر يملك العقار المبيع .

(٣) استئناف وطني ٣٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص ٥٧ - بني سويف ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣١٩ ص ٥٢٤ - استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٠ .

إلى هذا البيع القابل للإبطال وأن يعتبره سبباً صحيحاً ، فيجوز له أن يملك العقار المباع ضد المالك الحقيقي بالتقدم المكسب القصير (١).

ونرى من ذلك أن التصرف القانوني القابل للإبطال ، النقص في الأهلية أو لعب في الرضاء ، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً في التقدم المكسب القصير . ومن باب أولى يصلح هذا التصرف لأن يكون سبباً صحيحاً لو أجازته القاصر أو أجازته من تقرر الإبطال لمصلحته ، فإن التصرف القانوني ينقلب بهذه الإجازة تصرفاً صحيحاً ، ويصلح بداهة لأن يكون سبباً صحيحاً : أما إذا أبطل من تقرر الإبطال لمصلحته التصرف القانوني ، فإن هذا التصرف يصبح لا وجود له ، فلا يعود صالحاً لأن يكون سبباً صحيحاً (٢) .

٤٢٦ - التصرف القانوني المعلق على شرط واقف أو على شرط

فاسح : أما إذا كان التصرف القانوني الناقل للملكية معلقاً على شرط واقف ، فإنه لا ينفذ إلا من وقت تحقق الشرط ، وعلى ذلك لا يصلح أن يكون سبباً

(١) نقض ١٦ يولييه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - استئناف وضي ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ المحررة الرسمية : رقم ٧٤ ص ١٧١ - استئناف غلفظ ٨ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٤ - ٤ يولييه سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤٨٩ ص ٢٠٥ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣ .

(٢) على أنه في هذا الفرض لا يعود هناك محل للسبب الصحيح ، إذ أن الحائز يرد العقار إلى المتصرف بعد أخم بإبطال التصرف ، فلا يفسح له المجال لأن يتصل بالعقار ضد المالك الحقيقي بالتقدم المكسب القصير . وقد يستعمل المالك الحقيقي دعوى الإبطال باسم المتصرف لإبطال التصرف القانوني ويتحقق ذلك في الفرض الآتي : يستأجر شخص عقاراً من مالكه ، ثم يبيعه إلى مشتر حسن النية بعقد قابل للإبطال . فيجوز للمشتري في هذه الحالة ، على ما قدمنا ، أن يستند إلى البيع القابل للإبطال كسبب صحيح يميز له تملك العقار ضد المؤجر بالتقدم المكسب القصير . وإذا لم يبادر المستأجر الذي باع العقار إلى طلب إبطال البيع واسترداد العقار من المشتري ، جاز للمؤجر وهو دائن للمستأجر ، أن يطلب باسم مدنية إبطال عقد البيع وإرجاع العقار للمستأجر ، ثم استرداده منه بدعوى الإيجار (بودري وتيبه فقرة ٦٧١ ص ٥١٤) . أما إذا بق المشتري حائزاً للعقار خمس سنوات ، فقد ملكه بالتقدم المكسب القصير ، ولكن تبقى دعوى الإبطال ، إذا لم تكن سقطت بالتقدم ، مفتوحة (أنظر آنفاً ص ١٠٨٣ هامش ١٢) . وعلى ذلك يستطيع المؤجر أن يستعمل دعوى مدنية المستأجر في إبطال البيع ، فيبطل بأثر رجعي ، ويسترد المستأجر العقار من الخثر ، ثم يسترده المؤجر من المستأجر بدعوى الإيجار .

صحيحاً إلا من هذا الوقت (١) ولا يقال إن تحقق الشرط أثر رجعياً فيعتبر التصرف نافذاً منذ البداية لا من وقت تحقق الشرط فحسب : فإن الأثر الرجعي لا يعتد به بالنسبة إلى المالك الحقيقي . فلو أن شخصاً باع تحت شرط واقف عقاراً غير مملوك له لمشتري حسن النية ، فإن هذا البيع لا يعتبر سبباً صحيحاً يجيز للمشتري تملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير إلا من وقت تحقق الشرط الواقف . وإذا لم يتحقق الشرط . انعدم التصرف القانوني واعتبر كأن لم يكن . ومن ثم لا يمكن اعتباره سبباً صحيحاً . وقد يضع المشتري في الفرض المتقدم يده على العقار قبل تحقق الشرط الواقف وفي هذه الحالة لا يعقد بمدة الحيازة التي انقضت قبل تحقق الشرط ، ولا يبدأ سريان مدة الخمس السنوات إلا من وقت تحقق الشرط . ذلك بأن الحائز ، وهو يضع يده على العقار قبل تحقق الشرط . كان يعلم أنه يضع يده لا على وجه بات . إذ هو معرض لأن يتخلف الشرط الواقف فينعدم البيع ويعتبر كأن لم يكن . ويرد المشتري العقار إلى البائع (٢) .

وإذا كان التصرف القانوني معلقاً على شرط فاسخ ، فإنه يكون نافذاً منذ البداية ، وعلى ذلك يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً من أول الأمر (٣) . فإذا باع شخص عقاراً غير مملوك له لمشتري حسن النية ، وكان البيع معلقاً على شرط فاسخ . صلح لأن يكون سبباً صحيحاً منذ انعقاده ، ويستطيع المشتري استناداً إلى هذا البيع تملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير . فإذا لم يتحقق الشرط الفاسخ . أصبح تملك المشتري للعقار باتاً . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن البيع يزول ويعتبر كأن لم يكن ، فينعدم السبب

(١) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١ - جيوار ٢ فقرة ٥٦٢ - هيك ١٤ فقرة ٤٤٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ هاش ١٢ - بودري وتبسيه فقرة ٦٧٣ ص ٥١٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ .
(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٣ هاش ١٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٦٣ - مازو فقرة ١٥٠٦ - محمد كامل مرسي ٤ فقرة ١٧٢ .
(٣) نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٨٩٩ م ٩ ص ٢٩٧ .

الصحيح ، ويجب على المشتري أن يرد العقار للمالك الحقيقي إذا استرده هذا بدعوى الاستحقاق (١)

٤٢٧ - التصرف القانوني الظني : التصرف القانوني الظني (titre putatif)

(٢) هو تصرف لا وجود له في الحقيقة ، ولكنه متوهم الوجود . فيظن الحائز للعقار أن العقار قد انتقل إليه بتصرف قانوني ناقل للملكية ، ولكن ظنه هذا مجرد وهم . إذ أن هذا التصرف القانوني لا يوجد في الواقع ، ولا وجود له إلا في مخيلته ، ومن ثم لا يمكن أن يكون التصرف الظني سبباً صحيحاً لتملك بالتقادم القصير (٣) . مثل ذلك وصية بعقار مملوك لغير الموصي ، فيتسلم الموصي له العقار عند موت الموصي وهو حسن النية أي يعتقد أن العقار مملوك للموصي . ويتبين فيما بعد أن الوصية التي تسلم الموصي له العقار بموجبها قد رجع عنها الموصي قبل موته ، فزالت ولم يعد لها وجود . فالوصية تصرف قانوني ناقل للملكية ، ولكنه هنا تصرف ظني لا وجود له في الواقع ، فلا يصح اعتباره سبباً صحيحاً (٤) ، ومن ثم لا يستطيع الموصي له أن يستند إلى هذه الوصية كسبب صحيح لتملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير .

ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص أراضى لا يملكها لمشتري حسن النية ، ويعين في عقد البيع هذه الأراضى . ثم يضع المشتري يده عليها ، ولكن يدخل

(١) استئناف مخطط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦١ - جيوار فقرة ٥٦٣ - هيك ١٤ فقرة ٤٤٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٣ - ص ٥١٤ - بودري وتيسيه فقرة ٦٧٢ - فقرة ٦٧٢ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٦٣ .

(٢) ولفظ putatif مشتق من اللفظ اللاتيني putare ومعناه يحب أو يعتقد (penser, croire)

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٦ هامش ١٩ - بودري وتيسيه فقرة ٦٨٨ - فقرة ٦٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ ص ٧١٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٦٤ - مازو فقرة ١٥٠٥ ص ١٢٠٧ - ص ١٢٠٨ .

(٤) لأنه كان لا ينتقل الملكية لو أنه صدر من المالك ثم رجع هذا عن الوصية، ولأن التصرف الظني كالتصرف الباطل وكالتصرف الصوري ، كل منها لا وجود له فلا يصلح أيها لأن يكون سبباً صحيحاً (بودري وتيسيه فقرة ٦٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ - كولان كاييتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٢٠٠ ص ٩٧٨) .

لمن ما وضع يده عليه أرض أخرى لم يثملها عقد البيع ويعتقد المشتري بحسن نية أن عقد البيع قد شملها . فعقد البيع فيما يتعلق بهذه الأرض عقد ظني لا وجود له إلا في مخيلة المشتري . ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير أن يستند إلى هذا العقد الظني وأن يعتبره سبباً صحيحاً لامتلاك الأرض التي لم يشملها عقد البيع ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (١) .

ومثل ذلك أخيراً أن يفوض شخص وكيله في شراء أرض . ثم يضع يده على أرض يعتقد بحسن نية أنها هي الأرض التي اشتراها له الوكيل ولا يكون الوكيل قد اشتراها . فعقد الشراء الذي توهمه الموكل يكون في هذه الحالة عقداً ظنياً لا يستطيع أن يستند إليه الموكل معتبراً إياه سبباً صحيحاً لامتلاك الأرض ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (٢) .

٤٢٨ - التصرف القانوني غير المسجل : ونفرض هنا أن شخصاً باع

عقاراً لا يملكه لمشتري حسن النية ، وقد وضع المشتري يده على العقار دون أن يسجل عقد البيع ، فهل يصلح عقد البيع غير المسجل لأن يكون سبباً صحيحاً لامتلاك المشتري العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير ؟ . في عهد التقنين المدني السابق ، وقبل قانون التسجيل ، حيث كان التصرف القانوني غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ولا يشترط

(١) نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر : رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٨ ص ٧٠٣ - استئناف مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٥ - ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٥١١ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ - ١٨ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٧ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٩ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨٠ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦٠ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١١٣ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٦ - بودري وتيسيه فقرة ٦٦٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ ص ٧١٥ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٦٨٨ ص ٥٢٩ . كولان وكليتان بدي لا مورانديير

١ فقرة ١٢٠٠ ص ٩٧٧ - شفيق شحاته فقرة ٣٠٨ ص ٣١٠ .

التسجيل إلا لنقل الملكية بالنسبة إلى الغير ، كان الرأى المجمع عليه هو أنه لا يشترط التسجيل ليكون التصرف القانونى الناقل للملكية سبباً صحيحاً فى التقديم المكسب القصير (١) . ولكن كان يجب ثبوت تاريخ التصرف القانونى الاحتجاج به على المالك الحقيقى لأنه يعتبر من الغير من ناحية ثبوت التاريخ (٢) . ولا تحسب مدة الخمس السنوات إلا ابتداء من التاريخ الثابت . ثم صدر قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى فى عهد التقنين المبدئى السابق . فأصبح التصرف القانونى غير المسجل لا ينقل الملكية إلا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين . فاختلف النقص والقضاء فيما إذا كان يجب تسجيل التصرف القانونى الناقل للملكية حتى يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً . فذهب رأى إلى وجوب التسجيل (٣) ، وذهب رأى آخر إلى عدم

(١) الامتدادية الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣٧٨ - تنوف ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٨٠ ص ١٣٢ - بورسيد أول أكتوبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠ - استئناف مخطوط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٩ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٨٠ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٨ - ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٨ - ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥١ - ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٩ - ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩١ .

(٢) استئناف وطنى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٤ - استئناف مخطوط ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ - ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٨ - وانظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٨٠ - وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٢ .

(٣) عبد السلام ذهبى فى السبب الصحيح فى التقدم الحسى فى المحاماة ٦ ص ٦٠٨ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٨٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٣٧ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - استئناف مخطوط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٤ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٣ - ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ .

وجوبه وإلى أن التصرف القانوني غير المسجل يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً (١).
وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي الآخر ، ولم تشترط التسجيل في
السبب الصحيح (٢) .

وقد راعى التقنين المدني الجديد قيام هذا الخلاف ، فحسمه بنص صريح
أخذ فيه بالرأي الأول واشترط في التصرف القانوني أن يكون مسجلاً حتى
يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، إذ قال في الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدني
كما رأينا (٣) : « والسبب الصحيح ... يجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون » .
وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص :
« ويجب أن يكون السبب الصحيح مسجلاً خلافاً لما جرى عليه القضاء في
مصر ، وآثر المشروع هذا الحل حتى يمكن للتسجيل تمهيداً لإدخال السجل
العقارى » (٤) . فأصبحت المسألة ، بعد نفاذ التقنين المدني الجديد ، لا يمكن
أن تكون محلاً للخلاف ، ولا شك ، أمام صراحة النص ، في أن التصرف
القانوني غير المسجل لا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً (٥) . فإذا وضع
المشتري لعقار من غير مالك يده على العقار وهو حسن النية ، ولكن لم
يسجل عقد البيع ، فإنه لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب
القصير إلا إذا سجل العقد (٦) . ومن وقت تسجيله ، إذا كان حائزاً للعقار ،

(١) حامد فهمى في الخاتمة / ص ٩٧ - صليب رسمى في الخدمة ٨ ص ٦٩١ - استئناف
مختلط ٧ مارس سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٩٤ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ - ٢٢
أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ .

(٢) نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٥) ويلاحظ أن عقد الرهن الحيازى ينشئ الحق فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى أن
يقيد ، وعلى ذلك لا يشترط فيه ، حتى يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً ، أن يكون مقيداً ، كما كان
شأن البيع قبل قانون التسجيل (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٣ - منصور مصطفى
منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٣ هامش ٢) .

(٦) ويقول الأستاذ عبد المنعم البدر اوى : « ولا شك أنه سيترتب على هذا أن يضيق نطاق
التقادم الحسى إلى حد كبير ، نظراً لأن التسجيل لا يتم إلا بعد اثبتت من حق طالب النشر »
(عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٣٣ ص ٥٧٠) . وانظر أيضاً في هذا المعنى : إسماعيل غنم ص ١١٩ -
عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٣ -
حسن كبير ص ١٢٦ .

يبدأ سريان مدة الخمس السنوات اللازمة للتملك بالتقادم المكسب القصير (١) .
وغنى عن البيان أنه ما دام يشترط تسجيل التصرف القانوني ليكون بيباً
صحيحاً ، لم يعد هناك محل لاشتراط ثبوت التاريخ لجواز الاحتمال
بالتصرف على المالك الحقيقي ، فان التصرف المسجل يكون دائماً نائب
التاريخ .

٤٢٩ - السبب الصحيح شرط مستقل عن شرط حسن النية ويقع

عبء إثباته على الحائز : ولما كان السبب الصحيح هنا شرطاً مستقلاً عن
شرط حسن النية (٢) وليس عنصراً من عناصر حسن النية ، فانه لا يفترض
توافره كما يفترض توافر حسن النية فيما سترى . لذلك كان من الواجب إثبات
قيام السبب الصحيح على التحديد الذى فصلناه فيما تقدم ، ويقع عبء
الإثبات على الحائز الذى يتمسك بالتقادم (٣) .

ويثبت الحائز السبب الصحيح ، وهو تصرف قانوني كما قدمنا ، طبقاً
للقواعد العامة في الإثبات (٤) . فاذا كان السبب الصحيح بيعاً مثلاً ،
وجب على الحائز أن يثبت هذا البيع بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت
قيمة العقار على عشرة جنيهات (٥) . وحتى لو كانت قيمة العقار لا تزيد
على عشرة جنيهات ، وهذا فرض شديد الندرة ، فان مقتضى أن يكون

(١) والرأى الغالب في فرنسا ، حيث التسجيل غير ضرورى لانتقال الملكية
إلا بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر في مصر قبل صدور قانون التسجيل ، أن السبب الصحيح
لا يشترط تسجيله (بودرى وتيسيه فقرة ٢٧٤ - فقرة ٢٧٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣
فقرة ٧٠٧) . ويرى الفقه في فرنسا أن هذا حل يؤسف له ، وأنه كان الأولى اشتراط تسجيل
السبب الصحيح (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٧ من ٧١٦ - بلانيول وريبير وبرلانجيه
فقرة ٣١٦٥) .

(٢) استئناف مخطط ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ١٩٥ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٤٩٨

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٧ .

(٥) استئناف مخطط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ من ١٨ - مازو فقرة ١٥٠٥

من ١٢٠٨ - محمد كامل مرسي ٤ فقرة ١٩٤ - شفيق شحاته فقرة ٣٠٨ من ٣٠٩ - عبد المنعم
اليمردى مرة ٢٦ - اسماعيل غانم من ١٢٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢٢ - منصور
مستطفي منصور فقرة ١١٩ من ٤٢٤ - ٤٢٥ .

السبب الصحيح مسجلاً كما سبق القول (١) أن يكون البيع مكتوباً حتى يمكن تسجيله (٢).

٢٨ - حسن النية

٤٣٠ - تحرير معنى حسن النية : ويشترط أيضاً ، إلى جانب السبب الصحيح ، في التملك بالتقادم المكسب التقصير ، توافر حسن النية عند الحائز . وفي ذلك تقول المادة ١/٩٦٩ مدني كما رأينا (٣) : « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ... » . ومعنى حسن النية هنا ، على وجه التحديد ، هو كما قدمنا أن يكون الحائز قد اعتقد ، وقت تلقيه الملكية أو الحق ، أنه ينلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه . فحسن النية إذن يتحدد عند الحائز بأنه غلط يقع فيه ، يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك العقار أو صاحب الحق (٤) . ويجب أن يكون حسن النية كاملاً ، فأى شك يقع في نفس

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٨ .

(٢) لذلك يجب على الحائز أن يثبت ، ليس فحسب وجود السبب الصحيح ، بل أيضاً أن هذا السبب صحيح مسجلاً لتقادم (م ٣/٩٦٩ مدني) . ولا يخلو عن ذلك سبب الصحيح ثبوت حسن النية ، فكل من السبب الصحيح وحسن النية شرط مستقل عن الشرط الآخر كما قدمنا ، وعلى ذلك يجب على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها ، إلى جانب توافر شرط حسن النية عند الحائز ، طبيعة السبب الصحيح ونوعه وأنه تصرف قانوني ناقل لملكية منقولة لشروط التي يتطلبها القانون ، وذلك حتى تباشر محكمة النقض رقبتها على محكمة الموضوع في هذه المسائل القانونية (بودري وتيسيه فقرة ٦٧٧ مكررة) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن حسن النية هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، فإذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٢ ص ٥٢٩) . وينظر ، في الشخص المسمى ، إلى نية من يثله (م ٢/٩٦٥ مدني) . وتوافر حسن النية من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع ، ولكن تحديد حسن النية على الوجه الذي قدمناه من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع مطلق السلطة في استخلاص النية من فصوص العقد ومن الظروف الملابسة لتحريره ، ولكن ما يستخلصه من ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض من جهة مطابقتها للتعريف القانوني لسوء النية . فجرد علم المشتري بعدم نقل تكليف الألمان الميعة بمقتضى عقد مسجل إلى اسم البائع لباثمه لا يكفي في الدلالة (٧٠)

الحائز في أن المتصرف قد لا يكون هو المالك أو هو صاحب الحق ينفي حسن النية (١) .

ويستوى أن يكون الغلط الذي وقع فيه الحائز غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون (٢) . فيصح أن يتعامل الحائز مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد قسخت أو أبطلت والحائز مجهل ذلك ، ويعتقد أن المتصرف لا يزال مالكا للعقار ، وهذا غلط في الواقع . ويصح أن يتعامل مع مجرد حائز للعقار حسن النية أو سوء النية ، وهو يعتقد أن هذا الحائز يملك العقار بسبب أو بآخر ، وهذا أيضاً غلط في الواقع . ويصح أن يتعامل الحائز مع شخص

على سوء النية ، لأنه وحده لا يدل على أن المشتري كان يعلم أنه يشتري من غير مالك ، إذ يجوز أن يعتقد أن البائع له مالك رغم علمه بتكليف المبيع على غيره (نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣ ص ٢) . وقضت أيضاً بأن من التصور أن يقتصر الحكم في إثبات سوء نية المشتري على القول إن منازعه لم يقم في الملكية الدليل المقنع على سوء نيته ، دون أن يتحدث عن الأحكام والمستندات التي قدمها لإثبات ذلك ، فإن هذا القول غاية في الإبهام ، وليس فيه ما يدل على أن المحكمة قد فحصت المستندات التي قدمت لها وقدرتها (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣) . وقضت كذلك بأن حسن النية يفترض دائماً ما لم يقيم الدليل على العكس ، ومناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الحمسي بثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه ، وإذ كان عدم ذكر سند ملكية البائع للطاعنين وتعمده بتقديم سند الملكية للمشتريين ليس من شأن أيهما أن يؤدي عقلاً إلى ثبوت علم الطاعنين بأن البائع لهما غير مالك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أسس ثبوته سوء النية على ذلك يكون ميباً بالتقصير (نقض مدني ٣٠ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٩٦ ص ٦١٤) . وانظر نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكسب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٤ رقم ٦٦ - ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٤ رقم ٦٤ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٣٨ ص ٢٤٨ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٢٨ ص ٥٦٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٨ ص ٦٣٣ .

(١) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٢ ص ٥٢٩ - استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٠ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ - ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ - ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ - أوبري ورو فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - بودري ونيسيه فقرة ٦٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٩ - مارتى وريينو فقرة ٢٠١ - كاربونيه ص ٢٠٩ .

(٢) أوبري ورو فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ هامش ٣٩ - بودري ونيسيه فقرة ٦٨٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٢ - دي باج ٧ فقرة ١٢٩٦ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢١٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٨ ص ٦٣١ .

سند ملكيته للعقار هبة في صورة بيع وهو سند سرفى : وقد ذكر فيه أن البائع قد وهب اثنى للمشتري ، فيعتقد الحائز أن اذبة على هذا الوجه صحيحة دون ورقة رسمية ، ثم يتبين بعد أن يشتري العقار من المردوب له أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة لا هبة مسترة فلا بد من كتابتها في ورقة رسمية ، وهذا غلط في القانون . ومواء كان الغلط في الواقع أوفى القانون : فقاضى الموضوع هو الذى يقدر دون معقب عليه توافر حسن النية نتيجة لهذا الغلط : وما إذا كان الغلط مغتفر (excusable) فيستقيم مع حسن النية ، أو غير مغتفر (inexcusable) فينفي حسن النية (١) .

٤٣١ - علم الحائز بعيوب سند المتصرف ينفي حسن النية : وعلم الحائز بالعيوب التى تشوب سند من تنقضى منه الملكية : وأن هذا السند باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ أو معرض للإلغاء بأى وجه من الوجوه ، ينفي عند الحائز حسن النية الواجب توافره فيه (٢) .

وعلى ذلك إذا تعامل الحائز مع شخص سنده عقد هبة مثلاً باطلة في الشكل ، وكان يعلم ببطالان الهبة لهذا السبب ، فانه يكون عالماً بأنه تعامل مع غير مالك ، فينتفى حسن نيته . وإذا تعامل مع مالك سنده عقد بيع صدر له من قاصر ، وكان الحائز يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند من تصرف له فى العقار قابل للإبطال وأن القاصر إذا أبطل هذا السند أصبح المتصرف غير مالك بأثر رجعى ، ومن ثم يكون عالماً بأنه تعامل مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفى حسن نيته . وإذا تعامل مع مشتر للعقار لم يوف ثمنه للبائع ، وكان الحائز يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند المتصرف قابل للفسخ لعدم دفع الثمن وأن هذا السند إذا فسخ لهذا السبب ظهر أن المتصرف

(١) استئناف مخطوط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٠ - ٤ يناير سنة ١٩٢٧ .

٣٩ ص ١٢٤ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦١ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٢ - ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٢ .

(٢) لوران ٣٢ فقرة ٤٠٩ - فقرة ٤١٠ - جيوار فقرة ٥٧٢ - ترولون فقرة ٩١٥ -

أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٠ - عبيد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٠٤ - نقض فرنس ٢٢ مايو سنة ١٩٠٦ -

١٩٠٦ - ١ - ٣٥١ - ١١ - مرسى سنة ١٩٠٩ - سريه ١٩١٠ - ١ - ١٧٢ .

غير مالك ، ومن ثم يكون عالماً بأنه تعامل هنا أيضاً مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفى حسن نيته كذلك (١).

وعلى ذلك أيضاً إذا تعامل الحائز مع مالك للعقار تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف ، وكان يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند المتصرف معرض للزوال بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، ومن ثم يكون عالماً بأنه تعامل مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفى حسن نيته .

٤٣٢ - علم الحائز بعيوب السبب الصحيح لا ينفى حسن النية :

وهناك عيب يشوب السبب الصحيح دائماً ، ومن المحتم أن يشوبه ، وهو أن يكون هذا السبب الصحيح صادراً من غير مالك ، كما سبق القول . فهذا العيب وحده هو الذى يجب أن يجهله الحائز ، لأن حسن النية هو كما قدمنا الجهل بأن السبب الصحيح صادر من غير مالك .

أما العيوب الأخرى التى تشوب السبب الصحيح ، فمنها ما يجعل التصرف القانونى غير صالح لأن يكون سبباً صحيحاً ، كالتصرف الباطل والتصرف الظنى والتصرف الصورى . وهذه مسألة ترجع إلى السبب الصحيح لا إلى حسن النية ، وسواء علم الحائز بأن التصرف باطل أو ظنى أو لم يعلم ، فإن السبب الصحيح نفسه غير موجود ، فلا محل إذن للبحث فيما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئها ، ففى الحالتين لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب انقصر لانعدام السبب الصحيح .

بقيت العيوب التى تشوب التصرف القانونى ولا يكون من شأنها أن تجعله غير موجود ، وذلك كأن يكون التصرف قابلاً للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو قابلاً للفسخ أو معيّناً على شرط فاسخ أو شرط واقف . فهذه العيوب لا تمنع التصرف من أن يكون سبباً صحيحاً ، وعلم الحائز بها لا ينفى حسن النية (٢) . وعلى ذلك إذا اشترى الحائز من غير

(١) بودرى ونيسيه فقرة ٦٧٩ ص ٥٢٠ - بلانيول وريبير - ويكار ٣ فقرة ٧١٠ -

نفس فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨ - ١ - ٤٧٣ .

(٢) لأن حسن النية فى التقادم المكسب انقصر هو كما قدمنا ، ليس جهل بجميع عيوب

السبب الصحيح ، بل الجهل بعيب واحد منها فقط هو أن التصرف صادر من غير مالك -

المالك عقاراً ، وكان البائع قاصراً أو كاذباً مشرباً بغش أو تدليس أو إكراه ، فإن السبب الصحيح هنا يكون قابلاً للإبطال . وعلم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للإبطال . النقض في الوسيعة أو حريب في الرضعة ، لا ينفي كما قدمنا حسن النية ، فيستطيع إذن أن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (١) . ولكن - كان التصرف قابلاً للإبطال فإن من تقرر الإبطال لمصلحة المستطیع أن يبطال التصرف إذا كانت دعوى الإبطال لم تسقط بالتقادم . ويستطيع المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى مدينه وهو من تقرر الإبطال لمصلحة المستطیع وتصرف في العقار للحائز ، فيطلب باسمه إبطال التصرف ، فيعود العقار إلى المتصرف ، وعند ذلك يسترده منه المالك الحقيقي بدعوى الاستحقاق (٢) . وعلى ذلك أيضاً إذا اشترى الحائز العقار من غير مالكة ، وقسط عليه الثمن سنوات عدة ، واشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم توف الأقساط في مواعيدها ، فإن السبب الصحيح هنا

هو أما وقد جهل الحائز هذا العيب فهو حسن نية، سواء علم بالعيوب الأخرى أو لم يعلم (أوبري ورو ٢ فترة ٢١٨ ص ٥١٧ هامش ٢٤ - بودري وتيسيه فترة ٦٨١ ص ٥٢٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فترة ٧١١ ص ٧١٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فترة ٣١٦٨ - محمد كامل مرسى ٤ فترة ٢٠٥) . وهناك رأى في الفقه الفرنسي يذهب إلى أن علم الحائز بأى عيب في السبب الصحيح يجعله سوء النية (لوران ٣٢ فترة ٤٠٦ وما بعدها) . والنتيجة العملية لكل من الرأيين سواء . فإذا قلنا بأن علم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للفسخ مثلاً يجعله سوء النية ، ترتب على ذلك أن الحائز لا يملك العقار بالتقادم المكسب القصير لعدم توافر حسن النية ، فيستطيع المالك الحقيقي أن يسترد منه العقار بدعوى الاستحقاق . وإذا قلنا أن علم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للفسخ لا يجعله سوء النية ، ترتب على ذلك أن الحائز يملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، ولكن الذي تصرف للحائز يستطيع أن يفسخ التصرف ، ويستطيع دأبه وهو المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى الفسخ باسم مدينه فيفسخ التصرف ، فيعود العقار إلى من تصرف للحائز ، وعند ذلك يسترده منه المالك الحقيقي بدعوى الاستحقاق (أوبري ورو ، فترة ٢١٨ ص ٥٢٥ هامش ٤٧ - وانظر آنفاً ص ١٠٨٢ هامش ١٢ - وص ١٠٩٨ هامش ٢) .

(١) أوبري ورو ٢ فترة ٢١٨ ص ٥١٨ - نقض فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩١٠-١-١٧٢-١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠-١-١٧٢-١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ - سيريه ١٩٢٧-١-١٩ .

(٢) انظر آنفاً ص ١٠٨٢ هامش ١٢ - وص ١٠٩٨ هامش ٢) .

يكون قابلاً للفسخ بمجرد التأخر عن دفع الأقساط . وعلم الحائز بذلك لا ينفي حسن النية ، فيستطيع إذن أن يملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير . فإذا ما كسبه بالتقادم ، يبقى أنه إذا كانت هناك أقساط من الثمن لا تزال في ذمته ، ولم يوفها في مواعييدها ، فإن المالك الحقيقي ، وهو دائن للبائع ، يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه ويطلب فسخ البيع . فإذا ما فسخ ، ورد العقار إلى البائع ، استطاع المالك الحقيقي أن يسترده منه بدعوى الاستحقاق . وعلى ذلك أخيراً ، إذا اشترى الحائز عقاراً من غير مالكة ، وكان البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، فانه يكون مع ذلك سبباً صحيحاً ، وعلم الحائز بتعليق البيع على الشرط لا ينفي حسن نيته . فيستطيع إذن أن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير ، فإذا ما كسبه بالتقادم بعد تحقق الشرط الواقف أو كسبه بالتقادم ثم تخلف الشرط الفاسخ ، فإن ملكية العقار تخلص بآنة للحائز . أما إذا تخلف الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط الفاسخ ، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن ويعود العقار إلى بائعه ، ثم يسترده المالك الحقيقي من البائع بدعوى الاستحقاق .

٤٣٣ - الوقت الزى يجب أنه يتوافر فيه حسن النية : تنص الفقرة

الثانية من المادة ٩٦٩ مدنى كما رأينا (١) على ما يأتى : « ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق » . فحسن النية ، على التجديد الذى قدمناه ، يجب أن يتوافر عند الحائز فى الوقت الذى كان فيه يتلقى الملكية أو الحق لو أنه كان يتعامل مع المالك أو صاحب الحق (٢) . فإذا اشترى الحائز العقار من غير مالك ، فحتى يمكنه أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير يجب أن يكون قد اعتقد بحسن نية وقت تسجيل عقد البيع ، وهو الوقت الذى يتلقى فيه ملكية العقار ، أنه اشترى من مالك وأن الملكية قد انتقلت إليه على

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٢) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى عهد التقنين المدنى السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح فى ذلك (استئناف مخطط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ - ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٠٥ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٦ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٨٤ - ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ٥٠٢ - ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢١١ ص ٢١١ .

هذا النحو بالتسجيل (١) . وهذا يكفي ، فلا يشترط أن يبقى حسن النية بعد ذلك طوال السنين الخمس اللازمة للتسك بالتقادم بتخصير . فلو أنه علم ، ولو بعد انقضاء مدة قصيرة من تسجيل البيع ، أن البائع غير مالك ، لما أثر ذلك في توافر شرط حسن النية فيه (٢) (mala fides superveniens impedit usucapionem) .

وأكثر من ذلك ، لو أنه كان حسن النية على النحو الذي قدمناه وقت تسجيل البيع ، وقبل أن يتسلم العقار المبيع علم أن البائع غير مالك ، فبدأت حيازته للعقار وهو على هذا العلم ، لعد شرط حسن النية مع ذلك متوافراً عنده (٣) . وتطبيقاً لما قدمناه ، لو أن شخصاً أوصى بعقار غير مملوك له لشخص آخر ، فحسن النية عند الموصى له يجب أن يتوافر وقت موت الموصى

(١) ولو كان البيع معلقاً على شرط واقف ، فإن حسن النية يجب توافره عند تسجيل البيع لا عند تحقق الشرط (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٠ هامش ٣١) . ولو كان السبب الصحيح عقد رهن حيازي ، فإن حسن النية يجب توافره عند انعقاد الرهن الحيازي لأن حق الرهن الحيازي ينشأ فيما بين المتعاقدين بمجرد العقد ، ولا يطلب القيد إلا ليكون الرهن حجة على الغير . (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧ هامش ٣) .

(٢) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ .

(٣) عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٠ ص ٥٦٦ - إسماعيل غانم ص ١٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٨ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع اتهميدى في هذا الصدد : «ولا يشترط حسن النية عند بدء الحيازة ، بل يكفي توافره عند تاق الملكية بالسبب الصحيح ، فإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه ، فيكفي أن يكون حسن النية وقت البيع حتى لو كان سوء النية وقت التسليم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨) . هذا والمباراة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أنه يكفي أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع ، يمكن للتوسع في فهمها فتكون العبارة بوقت تسجيل البيع ، إذ لم يكن المقصود بالمباراة الموازنة بين وقت البيع ووقت تسجيل البيع ، بل الموازنة بين وقت البيع بوجه عام (ويدخل في ذلك وقت تسجيله) ووقت تسليم المبيع . وعلى هذا الأساس يمكن فهم ما ورد في هذا الصدد في بعض الأقوال الفقهية (أنظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢١١ ص ٢١١ - شفيق شحاته فقرة ٣١٣ ص ٣١٢) . ويصعب تصور خلاف في هذه المسألة بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري (قانون محمد علي هرة فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٤ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧) .

لا وقت قبول الوصية ، لأن الموصى له يملك الموصى به عند موت الموصى (١) .

والقاعدة التي قدمناها ، من أنه يكفي أن يتوافر شرط حسن النية وقت تلقي الحق ولا يشترط بقاء حسن النية بعد ذلك ، قاعدة موروثة من القانون الروماني . وزاحمها في القانون الفرنسي القديم قاعدة عكسية قررها قانون الكنيسة ، فاشترط هذا القانون بقاء حسن النية طوال المدة اللازمة للتقادم المكسب القصير . ثم انتقلت القاعدة الرومانية إلى التقنين المدني الفرنسي متغلبة على القاعدة التي قررها قانون الكنيسة ، ومن التقنين المدني الفرنسي انتقلت القاعدة الرومانية إلى التقنين المدني المصري القديم والجديد (٢) .

٤٣٤ - إنبات حسن النية : رأينا (٣) أن الفقرة الثالثة من المادة

(١) وإذا كانت الوصية لا تلزم إلا بقبولها من الموصى له ، لكنه إذا قبلها استحق الموصى به من حين الموت ، لأن الوصية تصرف قانوني من جانب واحد هو جانب الموصى ، وتنتج أثرها عند موته دون حاجة لقبول الموصى له ، وإنما القبول لزوم الوصية لالتزامها وإنتاج أثرها (أنظر آتفاً فقرة ٧٦) . وبلا حظ مع ذلك قواعد التسجيل ، إذ أن الوصية بمقتار لا تنقل ملكيته إلا بالتسجيل ، ولما كان التسجيل يتم عادة بعد قبول الموصى له ، فإن حسن النية يجب أن يتوافر عند تسجيل الوصية أي بعد قبول الموصى له ، وهذا ما لم تكن الوصية قد سجلت في حياة الموصى فتدث يجب توافر حسن النية وقت موت الموصى لا وقت قبول الوصية (محمد عل عرفة ٢ فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ - عيد المنعم البداري فقرة ٥٣٠ - عيد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧ - ص ٤٢٨) . وانظر في فرنسا أن حسن النية يجب توافره عند موت الموصى : لوران ٣٢ فقرة ٤١٧ - جيوار ٢ فقرة ٥٧٩ - هيك ١٤ فقرة ٤٦٠ - بودري وتيسيه فقرة ٦٨٦ . وهناك في فرنسا رأي آخر يذهب إلى أن حسن النية يجب توافره عند قبول الموصى له (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٠ - هامش ٣٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٧٠ ص ١٠٣٤ - هامش ١ - بيدان ٤ فقرة ٧٦٧ - مازو فقرة ١٥٠٠ - أنسيكلو يدي دالورز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٥٢) .

(٢) وينتقد الفقه الفرنسي القاعدة الرومانية ، ويؤثر عليها القاعدة الكنسية ولا يستكثر هذا الفقه على الحائز أن يبقى حسن النية طوال المدة اللازمة للملك بالتقادم القصير ، فإن أصبح سوء النية في خلال هذه المدة ، فأمامه التقادم المكسب الطويل وعليه أن يستوفى مدته حتى يستتق المقار بالتقادم (بودري وتيسيه فقرة ٦٨٥ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٩ - هامش ٣ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٧٠) . (٣) أنظر آتفاً فقرة ٢٨٨ .

٩٦٥ مدني تنص على ما يأتي : « وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقر الدليل على العكس » . وقدمنّا أنه لا يطلب من الحائز أن يثبت حسن نيته ، فالمفروض فيه أصلاً أنه حسن النية حتى يثبت العكس (١) .

وعلى ذلك يفترض في الحائز الذي يتمسك بالتقادم المكسب القصير أنه حسن النية ، فلا يكلف لإثبات حسن نيته . ويستوى في ذلك أن يكون جهل الحائز بأن من تعامل معه غير مالك راجعاً إلى غلط في الواقع أو إلى غلط في القانون ، ففي الحالتين يفترض حسن نية الحائز . وهناك رأى يذهب إلى أن حسن النية لا يفترض في حالة الغلط في القانون ، فإن الغلط في القانون لا يجوز افتراضه ويجب على الحائز إثباته . ولكن ما دمنا نسلم أنه إذا كان جهل الحائز راجعاً إلى غلط في القانون فإنه يعتبر حسن النية ، وما دام حسن النية يفترض دائماً ، فإن الواجب التسليم بأن الحائز يفترض فيه دائماً حسن النية ، سواء رجع جهله إلى غلط في الواقع أو إلى غلط في القانون (٢) .

وقد قدمنا أن حسن النية مفترض ، إلى أن يقوم الدليل على العكس . وعلى ذلك إذا ادعى المالك الحقيقي أن الحائز لم يكن حسن النية ، وأنه كان يعلم وقت تلقي الملكية أن المتصرف غير مالك ، فعليه هو يقع عبء إثبات ذلك . وله أن يثبت سوء نية الحائز بجميع طرق الإثبات ، لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبينّة والقرائن (٣) . ويقع كثيراً في العمل أن

(١) استئناف مخطاط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٦ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣١٠ - ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ٥٠١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٣ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٥ - ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ . وانظر آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٦٨٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٩ - مارتى ورينو فقرة ٢٠١ ص ٢١٣ - وانظر عكس ذلك وأن الغلط في القانون لا يفترض : لوران ٣٢ فقرة ٤١٥ - جيلول فقرة ٥٧٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - ص ٥٢٠ وهامش ٣٠ - وهذا الخلاف محدود الامة من الناحية العملية ، فالذي يقع عملاً أن الحائز يبادر هو نفسه إلى إثبات حسن نيته وأن غلظه كان غلطاً متفقاً .

(٣) وقد قصت محنة التقصير بأنه إذا ادعى المشتري أنه تملك العقار بوضع اليد مع حسن نية والسبب الصحيح ، فلا يحتاج لإثبات سوء نيته عند اشتراءه إلى دليل معين ، بل هو جائز بجميع طرق الإثبات القانونية ومنها القرائن ، وقد تكون هذه وحدها كافية في الإثبات . -

يلجأ المالك الحقيقي ، في اثبات سوء نية الحائز ، إلى سند المتصرف الذي تعامل الحائز على مقتضاه . فقد يتبين من هذا السند أن المتصرف غير مالك أو أن ملكيته ليست خالصة ، فيستخلص من ذلك سوء نية الحائز ما دام يعلم ، أو كان ينبغي أن يعلم ، أنه يتعامل مع غير مالك (١) .

المطلب الثاني

كسب ملكية المنقول

(الحيازة في المنقول سند الملكية)

٤٣٥ - نص قانوني : تنص المادة ٩٧٦ مدني على ما يأتي :

- ١ - من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله ، فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته .
- ٢ - فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية ، فانه يكسب الملكية خالصة منها .

٣ - والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك (٢) .

= فإذا كان من يدعى سوء نية المشتري قد ساق القرائن القائمة في الدعوى الدالة على صحة دمهواه ، وكانت هذه القرائن دالة فعلاً على سوء النية ، فانه يكون من القصور أن يكتفى بالحكم في رده على تلك القرائن بمجرد القول بأن ظروف الحال تدل على أن المشتري حين اشترى كان يعلم أنه يشتري من المالك الحقيقي (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٧ ص ٥٥١) . وانظر أيضاً نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٦١ (لقاضي الموضوع ملطعة تامة في استخلاص سوء النية من قضائها في الدعوى ، ولا يمكن لاستفادة نازع الملكية الذي رسا عليه المزداد من التقادم الحسني تذرعه بجهله الحقيقة ، إذا كان مقصراً في البحث والاستقصاء ، فان تقصيره يتعارض مع حسن النية ولا يجوز له أن يفيد من هذا التقصير) .

وانظر بودري وتبسيه فقرة ٨٦٣ ص ٥٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣

ص ٧١٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٦٩ - نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧

جازيت دي باليه ١٩٢٧ - ١ - ٧٣٠ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ - ١ - ٢٠٤ .

(١) بودري وتبسيه فقرة ٨٦٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٨ -

كاربرينييه ص ٢١٩ - نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٩١٧ سيريه ١٩٢٧ - ١ - ١٩٠ .

(٢) تاريخ للنص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٧ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : ١ - من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله ، مستنداً في حيازته -

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المواد ٤٦/ ٦٨ و ٦٠٧/ ٧٣٣ و ٧٣٤/ ٦٠٨ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٢٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٣ (٢).

- إلى سبب صحيح ، فإنه يصبح مالكا لما حازه ، إذا كان حسن النية وقت حيازته . ٢ - فإذا كان الحائز بحسن نية وبسبب صحيح قد حاز الشيء باعتباره خالياً من التكاليف والقيود البنينة ، فإنه يكسب الملكية خالصة من هذه التكاليف والقيود . ٣ - والحيازة وحدها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٥١ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية جعلته مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٠ - ص ٥١٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٦٨/٤٦ : ومع ذلك تنقل ملكية الأموال المنقولة باستلامها بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكاً لمن سلمها . إنما يشترط في ذلك أن يكون المسلم حقيقاً صفة الملك فيها للمسلم ، ولا يضر هذا بحق المالك الحقيقي في طلب استردادها في حالة الضياع أو السرقة .

م ٧٣٣/٦٠٧ : وثبتت الملكية في المنقولات في حق كل إنسان بمحيازتها المترتبة على سبب صحيح مع اعتقاد الحائز لما صفة حيازته .

م ٧٣٤/٦٠٨ : مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد ، إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك ، مع مراعاة ما تقدم في حالة السرقة والضياع . (وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، وإن كان التقنين المدني السابق أورد هذه الأحكام مشتتة في أماكن مختلفة : أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٣ : ١ - من حاز وهو حسن النية منقولا أو سداً لحامله ، مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح ، فلا تسع عليه دعوى الملك من أحد . ٢ - والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك . (وأحكام التقنين العراقي في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري ، غير أن التقنين العراقي لم يورد نص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدني مصري وهي تتكلم عن إسقاط التكاليف والقيود البنينة بالحيازة . وجعل حائز المنقول لا تسع عليه دعوى انتك لا أن يتسك هو المنقول ، وذلك وذلك جرياً على تقاليد التقنين العراقي في علم جواز سماع الدعوى) .

وخلص من النص المتقدم الذكر أن حيازة المنقول بحسنية وبسبب صحيح تنقل ملكية المنقول إلى الحائز ، فيصبح مالكا له بمجرد الحيازة . وبوردر التقنين المدنى الفرنسى هذه القاعدة الهامة فى المادة ٢٢٧٩ منه ، ويصدر هذه المادة بعبارة مشهورة استعارها من القانون المدنى الفرنسى القديم كما وردت على لسان Bourjon أحد فقهاء هذا القانون ، تجرى على الوجه الآتى :

« En fait de meubles, la possession vaut titre. » (١) . وقد

ألف الفقه فى مصر أن يؤدى هذه القاعدة ، التى انتقلت من القانون الفرنسى إلى القانون المصرى ، بالعبارة الآتية : « الحيازة فى المنقول سند الملكية » (٢) .

والمفروض أن حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانونى ناقل للملكية كالبيع وهذا هو السبب الصحيح ، فباع له غير المالك منقولاً ، فلم تنتقل إليه الملكية بالبيع لأنه صادر من غير مالك كما قدمنا . فهل يبقى مشتري المنقول حسن النية معرضاً مدة معينة لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقى ، كما رأينا مشتري العقار من غير المالك معرضاً مدة خمس سنوات لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقى ؟ لم ير القانون الفرنسى القديم أن يجعل مشتري المنقول فى مركز مشتري العقار ، إذ أن المنقول على خلاف العقار يقتضى السرعة فى التعامل ، ويصعب فى المنقول فحص أصل ملكية

(١) وهذا ما قاله Bourjon "En fait de meubles, la possession vaut titre." : أنظر Bourjon الكتاب الثانى الباب الأول - الفصل السادس - الفرع الأول فقرة ١ - وانظر فى الموضوع بأكمله : Jobbé Duval فى دراسة تاريخية فى دعوى استحقاق المنقول ، فى القانون الفرنسى باريس سنة ١٨٨١ - Saleilles فى حيازة المنقول باريس سنة ١٩٠٧ .

(٢) عدل الفقهاء المحدثون فى مصر عن هذه العبارة إلى العبارة الآتية : « الحيازة فى المنقول سند الحائز » ، بدعوى أن الحيازة لا تكسب الملكية فحسب ، بل تكسب أيضاً حقوقاً عينية أخرى غير الملكية ، وكذلك تسقط التكاليف والقيود العينية فيكسب الحائز الملكية خالصة منها . وإذا كانت العبارة الأولى التى كانت مألوفة ناقصة على هذا الوجه ، فإن العبارة المستحدثة ناقصة أيضاً ، ولا تكون هذه العبارة كاملة إلا إذا قيل : الحيازة فى المنقول سند الحائز فى الملكية وفى الحقوق العينية الأخرى وفى إسقاط التكاليف والقيود العينية . أما إذا أريد الإيجاز والانتصار على إبراز أظهر آثار الحيازة ، فإن العبارة التى كانت مألوفة قد أبرزت أظهر هذه الآثار وهو كسب ملكية المنقول ، حتى أن Bourjon وهو الذى استعار التقنين المدنى الفرنسى عبارته كما قدمنا يقول فى هذه العبارة la possession vaut titre de propriété .

البائع إذ المنقول كثير التنقل من يد إلى يد ، وبحسب مشنريه أن يراه في يد البائع حتى يطمئن إلى أنه يتعامل مع المالك . ومن ثم إذا ظهر أن بائع المنقول لم يكن هو المالك ، ولم تنتقل الملكية إلى المشتري بالبيع ، فإنها تنتقل بحيازة المشتري للمنقول إذا كان وقت الحيازة حسن النية أى يعتقد أن البائع هو المالك . وبذلك يكون المشتري ، بمجرد حيازة المنقول على هذا الوجه ، بمأمن من أن يرفع عليه المالك الحقيقي دعوى الاستحقاق ، ولا يضطر أن يبنى حائزا للمنقول طوال خمس سنوات كما يضطر إلى ذلك مشتري العقار فيما رأيناه في التقادم المكسب القصير (١) .

فالحيازة بحسن نية تنقل إذن ملكية المنقول فورا إذا كانت مقترنة بالسبب الصحيح ، ولا تنقلها مقترنة بالسبب الصحيح في العقار إلا إذا دامت خمس سنوات كما رأينا ، وتنقلها فورا وبدون حاجة إلى سبب صحيح في الثمار كما سنرى .

وتملك المنقول بالحيازة على النحو الذى قدمناه أمر يقتضيه ، لا سرعة التعامل في المنقول فحسب ، بل أيضا استقرار التعامل فيه . وبدون هذه القاعدة يصبح التعامل في المنقول محفوقا بالمخاطر ، فينبغى إذن لمن يشتري منقولا من غير المالك وهو يعتقد أنه المالك أن يعتبر كأنه اشترى من المالك نفسه (٢) ، وإذا لم تنتقل إليه الملكية بالبيع فإنها تنتقل بالحيازة . وهذا ما وصل إليه القانون الفرنسى القديم في عهوده الأولى ثم في تطوراته الأخيرة ، وذلك على خلاف القانون الرومانى الذى كان لا يعرف هذه القاعدة . ويدعو ذلك إلى إبراد عجلة سريعة في الأصل التاريخى للقاعدة .

٤٤٦ - الأصل التاريخى لقاعدة تملك المنقول بالحيازة لم يعرفه القانون

الرومانى هذه القاعدة ، بل كان حائز المنقول إذا كان حسن النية لا يملكه فورا ، وإنما كان يملكه بالتقادم كالعقار ، ولكن في مدة أقصر : سنة واحدة

(١) أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٨٢٦ من ٦٥٤ وقرة ٨٢٩ ص ٦٥٨ - بلانويل

وربيير ويكار ٣ فقرة ٣٨٠ .

(٢) ويقول سالى فى هذا المعنى : « الحيازة غير العرضية التى يطلقها الحائز من يعتقد

أنه المالك تمدد السند الذى يصدر من المالك نفسه » (سالى فى رسالت فى التصرف فى التيم

المنقولة سنة ١٨٨٣ فقرة ٩٢) .

ثم أطلت في عهد جستنيان إلى ثلاث سنوات (١) .

أما القانون الفرنسي القديم فقد ظل في عهوده الأولى محتفظاً بالتقاليد الجرمانية ولم يتبع القانون الروماني ، فكان لا يعطى للمالك المنقول إذا خرج المنقول من حيازته إلى حيازة شخص آخر دعوى استحقاق ضد الحائز الجديد . فإذا كان خروج المنقول من حيازة مالكه بإرادة المالك ، كما في الوديعة والعارية ، فإن للمالك أن يرفع دعوى شخصية ضد المودع عنده أو المستعير يسترد بها المنقول ، ولكن ليس له أن يرفع دعوى استحقاق ضد حائز انتقلت إليه الحيازة من المودع عنده أو المستعير . ومن هنا جرت القاعدة بأن المنقول ليس فيه حق التمتع (Meubles n'ont pas de suite, mobilié non hebet sequelam) (٢) . أما إذا كان خروج المنقول من حيازة مالكه بسبب السرقة أو الضياع ، فإن القانون كان يعطى للمالك دعوى ذات صبغة جنائية ، مالبثت أن انقلبت إلى دعوى استحقاق مدنية يرفعها المالك ضد الحائز للمنقول (٣) .

وبقى الأمر على هذا النحو إلى القرن الثالث عشر ، إذ بدأ القانون الفرنسي القديم يتأثر في هذه المسألة بالقانون الروماني شيئاً فشيئاً ، فيكون للمالك دعوى استحقاق يسترد بها المنقول ولو خرج من حيازته طوعاً دون سرقة أو ضياع . وما قبل القرن السادس عشر حتى أصبحت القاعدة الرومانية مستقرة في القانون الفرنسي القديم ، وأصبح للمالك ، كما كان الأمر في القانون الروماني ، دعوى

(١) أنظر في أن القاعدة لم تكن موجودة في القانون الروماني عبد الفتاح عبد الباقي رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ١٩ - ص ٣٤ .

(٢) وكان أصل هذه القاعدة أن القوانين القديمة ، قبل أن تعرف عقود الوديعة والرهن والعارية ، كانت تقضى بأن المالك ينقل ملكية الشيء إلى من يريد أن ينقل إليه حيازته على سبيل الوديعة أو الرهن أو العارية ، على أن يلتزم الحائز التزاماً شخصياً برد الشيء إلى المالك . فكان المالك إذا تجرد من حيازة الشيء تجرد أيضاً من ملكيته ، وتجرد تبعاً لذلك من دعوى الاستحقاق . وبقي متجرداً من دعوى الاستحقاق حتى بعد أن عرفت القوانين القديمة عقود الوديعة والرهن والعارية ، وبالرغم من أن هذه العقود لا تنقل الملكية ، وعلى الفقهاء القدماء ذلك بأنه جزاء على عدم حيلة المالك في تسليمه ملكه إلى من بدده بالتصرف فيه ، فوضع ثقته فيمن لا يستحقها (أنظر مازو فقرة ١٥٢١) .

(٣) أنظر في ذلك بلانيرول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٣٨٩ - فقرة ٣٣٩١ - هيد انتفاع عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٤١ - ص ٦٩ .

استحقاق يسترد بها المنقول في أي يد كان . (١) .

ولكن سرعان ما تفاقمت المخاطر التي يتعرض لها التعامل في المنقول من جراء القاعدة الرومانية ، إذا كان الحائز للمنقول حسن النية . وتوالت الجهود ، منذ أوائل القرن السابع عشر ، للتضييق من دعوى استحقاق المنقول ، فأُنقصت المدة التي كان يجوز أن ترفع في خلالها وكانت ثلاث سنوات كما حددها جستنيان . ثم ألغيت دعوى استحقاق المنقول بتاتا ، إذا كان المالك هو الذي نقل حيازة المنقول بإرادته إلى شخص ائتمنه عليه فتصرف فيه على غير ما يريد المالك . ولم تستبق دعوى استحقاق المنقول إلا في حالي السرقة والضياع ، فعاد الأمر في القرن الثامن عشر إلى ما كان عليه قبل القرن الثالث عشر . وهكذا بقي القانون الفرنسي القديم متأثرا بالقانون الروماني طوال خمسة قرون ، ثم رجع إلى تقاليده القديمة ، واستبعد دعوى الاستحقاق في المنقول .

وورد ذكر استبعاد دعوى الاستحقاق في المنقول ، في القرن الثامن عشر ، في كتاب (٢) لأحد فقهاء القانون الفرنسي القديم - بورجون Bourjon - ظهر في سنة ١٧٤٧ . وقد أرجع بورجون هذه القاعدة إلى قضاء محكمة Chatelet بباريس ، ويبدو على الأرجح أن هذا القضاء كان حديثا وقت أن كتب بورجون (٣) . وقد عدل فقهاء القانون الفرنسي القديم في هذا العهد

(١) وتحورت القاعدة التي كانت تقضى بأن المنقول ليس فيه حق انتبغ إلى معنى آخر ، فأصبحت تقضى بأن المنقول ليس فيه حق انتبغ عن طريق الرهن الرسمى *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* أى أن المنقول لا يصح أن يكون محلا للرهن الرسمى فلا يترتب هذا الرهن إلا على المنقار . أنظر مازو فقرة ١٥٢٢ ص ١٢٢٢ - مارق ورينو فقرة ٣٩٠ ص ٣٧٨ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٣٩٢ - فقرة ٣٣٩٤ - عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٧٠ - ص ٧٨ .

(٢) عنوانه « القانون العام في فرنسا » (la droit commun de la France) .

(٣) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٦٥ وهاش ٢ - مازو فقرة ١٥٢٣ - مارق ورينو فقرة ٣٩٠ ص ٣٧٨ - ص ٣٧٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٣٩٨ - فقرة ٣٤٠٠ - وانظر في أن بوتيه لم يقرر ، كما قرر بورجون ، قاعدة تملك المنقول بالحيازة باعتبارها قاعدة مسلما بها في القانون الفرنسي القديم ، بل كان يحمل للمالك المنقول وقع دعوى الاستحقاق على الحائز ولو كان حسن النية إلا في حالة سرقة ، وفي الخلاف بين ماقروه وبوتيه ومانتره بورجون في هذا الشأن ، وفي أن المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي اقتبست مما كتبه بورجون لا مما كتبه بوتيه : بودري وتيسيه فقرة ٨٢٢ - ٨٢٦ .

الأخير عن العبارة التي كانت مألوفة منذ القرن الثالث عشر من أن المنقول ليس فيه حق التبع (*meubles n'ont pas de suite*) ، إلى عبارة أخرى هي أن « الحيازة تعدل السند » (*possession vaut titre*) . وكان المقصود بهذه العبارة الأخيرة ، في أول الأمر ، أن حائز المنقول إذا ادعى ملكيته لم يطالب بتقديم دليل على هذه الملكية ، وتكفي حيازته للمنقول سنداً له إلى أن يثبت خصمه أنه هو المالك . ثم ظهر قضاء *Châtelet* ، والجديد فيه أنه أعطى لهذه العبارة قوة أكبر بكثير مما كانت عليه ، فلم تعد تعني أن حيازة المنقول تقتصر على مجرد افتراض أن حائز المنقول هو المالك له إلى أن يقوم الدليل على العكس ، بل أصبحت تعني أن حائز المنقول يصبح مالكا له بمجرد الحيازة فلا يستطيع من يدعى استحقاق المنقول أن يسترده من يد الحائز (١) . وعلى ذلك أصبحت العبارة تفيد في القانون الفرنسي القديم معنيين مختلفين . المعنى الأول أن حيازة المنقول طريق لإثبات ملكيته ، فيفترض في الحائز أنه هو المالك ولا يكلف تقديم دليل على ذلك وتكفيه الحيازة سنداً ، وذلك إلى أن يقدم مدعى الاستحقاق الدليل على أنه هو المالك دون الحائز . والمعنى الآخر أن حيازة المنقول ليست فحسب طريقاً لإثبات ملكيته ، بل هي أيضاً طريق لكسب ملكيته . فلا تقتصر حيازة المنقول على مجرد إقامة قرينة على ملكيته إلى أن يقوم الدليل على العكس ، بل إن هذه الحيازة تكسب الحائز ملكية المنقول إذا لم يكن مالكا له قبل الحيازة . وقد انتقل هذان المعنيان من القانون الفرنسي القديم إلى القانون الفرنسي الحديث ، حيث أصبحت المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي تعبر بطريق مباشر عن المعنى الثاني (٢) ، وحيث ألصق القضاء الفرنسي المعنى الأول بالمادة نفسها إذ لم يجد نصاً آخر يفيد مباشرة هذا المعنى (٣) . فأصبح حيازة المنقول دوران ، فهي طريق للإثبات ، وهي سبب لكسب الملكية . وهذا ما تنتقل الآن إليه .

(١) بلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٦٦ .

(٢) أنظر ما قاله Bigot de Préamneux في هذا المعنى في *Jenet* ١٥ ص ٦٠٠ .

(٣) أنظر في الأصل التاريخي لقاعدة تملك المنقول بالحيازة أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣

ص ١٤٤ هامش ٢ - بوري ونسيه فقرة ٨١٧ - فقرة ٨٢٦ - بلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٨ - فقرة

٣٦٩ - مارت ورينو فقرة ٣٩٠ - عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في

المنقول ص ١٥ - ص ١١٠ .

٤٣٧- حيازة المنقول لمرادوراند- طريق لمرينات وسبب لكسب الملكية :

الملكية : أما أن حيازة المنقول طريق للإثبات ، فيظهر ذلك إذا كان النزاع بين حائر المنقول ومن تلقى الحائر منه الحيازة ، ويكون هذا الأخير في العادة هو المالك ، ويستوى في ذلك أن يكون الحائر حسن النية أو سيئها . وأما أن حيازة المنقول سبب لكسب الملكية ، فإن ذلك إنما يكون إذا كان حائر المنقول قد تعامل مع غير المالك (non domino) وتلقى وهو حسن النية الحيازة منه ، فتكون الحيازة سببا لكسب الحائر ملكية المنقول (١) . فالحيازة إذن تكون طريقا للإثبات إذا تعامل الحائر مع المالك ، وسببا لكسب الملكية إذا تعامل مع غير المالك . ونستعرض كلا من هذين الدورين :

(الدور الأول) حيازة المنقول طريق للإثبات : الحائر للمنقول ، كالحائر للعقار ، يفترض فيه أنه المالك لما يحوزه . وافترض أن الحائر هو المالك لا نص عليه في التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه يستخلص من تقاليد القانون ، ومن الفهم السليم ، وبما جرى عليه القضاء الفرنسي في تنابع واضطراد . ولما كان القضاء الفرنسي لا يجد نصا صريحا يستند إليه في هذه المسألة ، فقد اضطر للاتجاه إلى المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي يستند إليها في ذلك (٢) . أما في مصر ، ففي التقنين المدني المصري نص صريح في هذا المعنى ، فقد نصت المادة ٩٦٤ مدني فيما قدمناه على أن « من كان حائرا للحق اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس » . فالحيازة القانونية تفترض الملكية عند الحائر . إلى أن ثبت العكس . ثم إن الحيازة المادية تفترض الحيازة القانونية ، فقد نصت لمادة ٩٦٣ مدني فيما رأينا على أنه « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق احد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائره هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معينة » . فإذا طبقنا هذه النصوص على

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٢ من ٣٧٠ - مازو فقرة ١٥٢٤ - نظر في التقنين المدني الألماني المادتين ٩٣٢ و ١٠٠٦ - وفي التقنين المدني السويسري تين ٩٣٠ و ٩٣٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٤ - أنيسكر بيدى دالوز ؛ لفظ Revendication
١٠١ - عند غناح عبيدتي في رسالته في حيازة في المنقول ص ١٥١ -

حيازة المنقول ، أمكن القول بأن التقنين المدني المصري صريح في أن من يحوز المنقول حيازة مادية يفترض فيه أنه يحوزه حيازة قانونية ، ومن يحوزه حيازة قانونية يفترض فيه أنه مالكة ، وذلك كله ما لم يقيم الدليل على العكس . وعلى ذلك تكفى الحيازة المادية للمنقول حتى يستخلص منها الحيازة القانونية ، والحيازة القانونية بدورها تفترض في حائز المنقول أنه مالكة ، ويستوى في ذلك كما قدمنا أن يكون حائز المنقول حسن النية أو سيئها .

وافترض أن حائز المنقول يملكه يقوم في جميع الأحوال ، ولا يطلب من الحائز أن يقدم الدليل على ملكيته إذ أن ملكيته مفترضة ، ويطلب من مدعى الاستحقاق أن يقدم هو الدليل على ملكيته . ولكن أكثر ما يستعين فيه حائز المنقول بهذا الافتراض عندما يقوم نزاع بينه وبين من تلقى منه الحيازة على ملكية المنقول ، فيطلب هذا الأخير من الحائز أن يرد له المنقول مدعيا أنه إنما تخلى له عن حيازته على سبيل الوديعة أو على سبيل العارية مثلا ، ويدعى الحائز أنه إنما تلقى ملكية المنقول من هذا الحائز السابق وقد اشتراه منه مثلا أو وهبه هذا إياه . ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا وجدت منقولات ذات قيمة ، كمجوهرات ، أو سندات لحاملها أو أثاث ، في يد قريب أو وارث أو خادم أو ممرضة أو خلية لشخص كان يملك هذه المنقولات ثم توفي ، ويطلب الورثة باستردادها من الحائز ، ويدعى الحائز أن المورث قد وهبها إياه (١) . فعند ذلك يستطيع الحائز أن يتمسك بالحيازة قريبة على أن الملكية قد انتقلت إليه من المورث بموجب تصرف قانوني صحيح ولا يطلب منه إثبات هذا التصرف (٢) ، ولكن يشترط في ذلك أن يثبت الحائز أن حيازته للمنقولات حيازة حقيقية ، وأنها مقترنة بنية التملك (*animo domini*) ، وأنها خالية من العيوب . فعيازة المنقولات حيازة رمزية ، عن طريق تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن ، ليست حيازة حقيقية (انظر م ٢/٩٥٤ مدني) . ولا يعتبر المشتري قد حاز المبيع حيازة حقيقية ، إذا هو تركه في يد البائع يحوزه نيابة عنه *constitut possessorie* (٣) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٥ .

(٢) كاربونيه ص ٢٦٠ .

(٣) بودي وتيسيه فقرة ٨٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٦ ص ٢٧٢ .

ولكن يعتبر حيازة حقيقية تسلم الحائز مفاتيح المكان أو الصندوق الذي أودع فيه المنقول ، بحيث يستطيع الاستيلاء على المنقول في وقت يشاء (١) .
 ونية التملك مفترضة عند الحائز ، إلا إذا أقام مدعى الاستحقاق الدليل على أن الحيازة إنما هي حيازة عرضية غير مفترنة بنية التملك (٢) . ويجب أن تكون الحيازة خالية من عيب الإكراه ، ومن عيب الخفاء . ومن عيب الغموض (٣) .
 فإذا أثبت الحائز حيازته للمنقول على النحو الذي قدمناه . فإنه لا يكلف تقديم الدليل على أنه مالك للمنقول إذ أن الحيازة تفترض وجود الملكية عنده .
 ويحمل مدعى الاستحقاق عبء إثبات أن الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة .
 فله أن يثبت أن الحيازة حيازة عرضية بأن يثبت مثلا وجود عقد وديعة أو عقد وكالة أو عقد عارية أو أى عقد آخر يعترف بموجبه الحائز أنه لا يحوز المنقول إلا لحساب مالكة وأنه ملتزم برده له . (٤) ويسرى في إثبات هذا العقد القواعد العامة في الإثبات ، فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المنقول على عشرة جنيهات (٥) . ولمدعى الاستحقاق أيضا أن يثبت أن الحيازة حيازة خفية ، كأن يثبت مثلا أن الحائز قد أخفى السندات لحاملها فلم يذكرها في محضر حصر التركة على أنها كانت للميت ثم وهبه لإياها ، وجعل يقبض « كوبوناتها » بواسطة الغير مدة طويلة ، فلما اشهر أمرها عند الورثة تمسك الحائز بحيازتها . ففي مثل هذا الفرض تكون الحيازة حيازة خفية .
 فلا يعتد بها ولا تكون قرينة على الملكية (٦) . وعيب الخفاء واقعة مادية . يحوز إثباتها بجميع الطرق . ولمدعى الاستحقاق أن يثبت أن الحيازة حيازة غامضة . كأن يثبت مثلا أن الحائز كان في معيشة واحدة مع المورث (cohabitation)

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٥٠ - بلانويول وريير ويكر ٣ فقرة ٢٧٦ ص ٢٧٢ .

(٢) أنظر آنف. فقرة ٢٦١ وفترة ٢٧١ .

(٣) نقض فرنسي ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ دالوز ١٩٥٦ - ٢٨٧ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٦١

II J.C.P. ١٢٣٥٢ .

(٤) استئناف مختلف ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠١ - نقض فرنسي ٢٤ يونيو

١٩١٢ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٣٦ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ - ١ - ١٢١ .

(٥) نقض فرنسي ١٢ مارس سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢١ - ١ - ١٤٨ .

(٦) نقض فرنسي ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٠ - ١ - ٤١٣ - ١٥ أبريل

وأن المنقولات انتقلت إلى يده بحكم هذه المعيشة الراحدة ، فيشوب الحيازة غالباً عيب الغموض ، ومن ثم لا يعتد بها ولا تكون قرينة على الملكية (١) . وعيب الغموض هو أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ويترك التقدير فيها لقاضي الموضوع (٢) . ولمدعى الاستحقاق كذلك أن يثبت أن الحائز إنما استولى على المنقولات بطريق الاحتيال والغش ، فلا يعتد عندئذ بالحيازة ولا تكون قرينة على الملكية : ويجوز إثبات الاحتيال والغش بجميع الطرق .

فإذا ما نجح مدعى الاستحقاق في إثبات شيء مما تقدم ، وأصبحت الحيازة لا يعتد بها كقرينة على الملكية ، فإن عليه أن يثبت ملكيته هو أو ملكية مورثه للمنقولات. ولو عن طريق حيازة سابقة ، ليسترد هذه المنقولات بدعوى الاستحقاق التي رفعها (٣) . وقد يستردها بالدعوى الشخصية ، إذا ما أثبت مثلاً أن الحائز ، كان مودعاً عنده أو مستعيراً وأن عليه التراما بالرد (٤) . أما إذا لم ينجح مدعى الاستحقاق في إثبات ما يوجهه من طعن في الحيازة ، فإن الحيازة تبقى محتفظة بقيمتها : وتكون قرينة على ملكية الحائز (٥) . ولكن هذه

(١) مقرر فرنسي ٢١ يونيو سنة ١٩١١ سير به ١٩١٢ - ١ - ٥٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٧ ص ٣٧٥ .

(٣) بردرى وتيسيه فقرة ٨٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٨ ص ٣٧٦ -

ص ٣٧٧ - وانظر عكس ذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ هامش ٢٦ .

(٤) ولكن الدعوى الشخصية تعرض مدعى الاستحقاق لأن يزاحمة سائر دائي الحائز

(بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٨ ص ٣٧٧) . وإلى جانب هذه الميزة لدعوى الاستحقاق

على الدعوى الشخصية توجد ميزات أخرى : (١) قد تكون الدعوى الشخصية سقطت

بالتقادم ، فلا يكون أمام المالك في هذه الحالة إلا دعوى الاستحقاق وهي لا تسقط بالتقدم .

(ب) قد يكون المنقول سلم بمقد لتقص الأهلية ، فإذا أبطل المقد لم يعد للمالك إلا دعوى

الاستحقاق . (ج) قد يكون المنقول أوصى بقربته لشخص وبحق الانتفاع فيه لشخص آخر ،

ويضع صاحب حق الانتفاع يده على المنقول باعتباره ملكاً له انتفاعاً ورقبة ، فلا يستطيع

مالك الرقبة إلا أن يرفع دعوى الاستحقاق في هذه الحالة ، إذ لا توجد رابطة شخصية تربط بصاحب

حق الانتفاع حتى يجوز له رفع الدعوى الشخصية . أنظر في ذلك كولان وكايتان ودي

لاموراندير ١ فقرة ١٢١٧ ص ٩٩٣ .

(٥) ولا يكتف الحائز إقامة الدليل على التصرف القانوني الذي يدعى أنه نقل إليه الملكية

من المورث . كبير أو هبة . ويعتبر الحائز كأنه تلقى الملكية من المورث بالبيع الذي يدهمه

أو ونسرى منه أحكامه مع أو هبة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

٣٧٩ - تعليق بلانيول في دالوز ١٩٠١ - ٢ - ٢٨٩) .

القرينة قابلة لإثبات العكس ، ولا يكفي لدفعها أن يثبت مدعى الاستحقاق أنه كان يملك المنقول . إذ تبقى قرينة انتقال هذه الملكية منه إلى الحائز بفضل الحيازة الثابتة قائمة . بل على مدعى الاستحقاق أن يثبت ملكيته للمنقول ، وأن يثبت فوق ذلك أن الملكية لم تنتقل إلى الحائز بتصرف قانوني خال من العيوب (١) .

(الدور الثاني) حيازة المنقول سبب لكسب الملكية : ويفرض هنا أن الحائز تلقى الحيازة وهو حسن النية ، لا من المالك كما هو الأمر في الحيازة التي تكون طريقا للإثبات ، بل من غير المالك . فيكسب الحائز ملكية المنقول ، لا بموجب التصرف القانوني الصادر من غير المالك فإن هذا التصرف لا ينقل الملكية ما دام قد صدر من غير المالك . ولكن بموجب الحيازة نفسها التي تعتبر في هذه الحالة سببا لكسب ملكية المنقول . وذلك ما لم يكن المنقول قد سرق من مالكه أو ضاع منه . فإن المالك في هذه الحالة ، وقد خرج المنقول من حيازته بغير إرادته ، يعامل معاملة أفضل من المالك الذي خرج المنقول من حيازته بإرادته ووضع ثقته فيمن لا يستحقها ، فتخلي عن حيازة المنقول لشخص خان الأمانة وتصرف في المنقول لحائز حسن النية .

وعلى ذلك يستطيع المالك ، في حالتي السرقة والضياع ، أن يسترد المنقول من الحائز بالرغم من حسن نيته على تفصيل سيورد بيانه فيما يلي .

وهذا الدور الثاني لحيازة المنقول . وهو أن تكون الحيازة سببا لكسب

(١) أنظر في تفصيل هذه المسألة عبد الفتاح عبد الباقي رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٤٩٣ - ص ٥١٠ - قارن شفيق شحاتة فترة ٢١٩ - محمد علي عريفة ٢ فترة ١١١ - فترة ١١٢ - عبد المنعم فرج العدة فترة ٤٣٩ - ويلاحظ أنه إذا لم ينتج الطعن في حيازة الحائز وبقيت الحيازة محتفظة بقيمتها فإنه يفترض أن لدى الحائز سند نقل إليه الملكية من مدعى الاستحقاق (بلانويول وريبير وبولانجي ١ فترة ٣٤٣٦ - أنسيكلو بيدي دالور ٤ لفظ Revendication فترة ١٠٢) . ولا يكف الحائز بإثبات وجود هذا السند ، ولكن يجب على الأمل أن يبين على وجه التحقيق ما هو السند الذي يتسلك به ، وذلك حتى يتبين مدعى الاستحقاق أن يقدم أدليل العكس . هذا السند (أنسيكلو بيدي دالور ٤ لفظ Revendication فترة ١٠٥) .

الملكية ، هو الذى يعيننا هنا ، فنقتصر عليه فى بحثنا (١) . ونتكلم أولاً فى القاعدة العامة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ثم نتكلم فى حكم الحيازة إذا كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً .

§ ١ - القاعدة العامة - الحيازة فى المنقول سند الملكية

٤٣٨ - شروط تطبيق القاعدة والآثار التى تُرتب على تطبيقها :
وهناك شروط لابد من توافرها حتى يمكن تطبيق القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، فإذا ما توافرت هذه الشروط ووجب تطبيق القاعدة نتج عن تطبيقها آثار معينة .

١ - الشروط الواجب توافرها لتطبيق القاعدة

٤٣٩ - شروط أربعة : يجب لتطبيق القاعدة توافر شروط أربعة :
(١) أن يكون هناك منقول . (٢) وأن يخضع هذا المنقول لحيازة صحيحة .
(٣) وأن يصحب هذه الحيازة سبب صحيح . (٤) وأن تقترن الحيازة بحسن النية (٢) .

٤٤٠ - الشرط الأول - المنقول الذى تطبق عليه القاعدة - المنقول المادى

تنطبق القاعدة على كل منقول مادى ، أى كل شيء يمكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف . فيدخل فى ذلك العروض والحيوانات والمأكولات والمشروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات والمركبات وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو والزجل وخيام الكشافة ومواد البناء ما دامت لم تشيد والأنقاض المتهدمة من البناء وغير ذلك من المنقولات

(١) وهو يختلف عن الدور الأول ، كما رأينا ، فى أمرين : أولهما أن الحائز فى الدور الثانى يتلقى الحيازة من غير المالك ويتلقاها فى الدور الأول من المالك ، والأمر الثانى أن الحائز فى الدور الثانى يجب أن يكون حسن النية ولا يشترط حسن النية فى الدور الأول . (٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يشترط فى

تملك المنقول بالحيازة ما يأتى : (أ) أن يكون الشئ منقولاً أو حقاً عينياً على منقول كرهن حيازة أو سند لحامله وهو منقول معنوى تجسد فأخذ حكم المنقول المادى . (ب) أن تكون هناك حيازة متوافرة الشروط . (ج) أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ، وحسن النية مفروض كما هى القاعدة . (د) أن تستند الحيازة إلى سبب صحيح . والسبب الصحيح يفرض هنا بخلاف السبب الصحيح فى المذموم . فجرد الحيازة إذاً يفرض معها حسن النية والسبب الصحيح ، حتى يقوم الدليل العكس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

المادة (١). وتعتبر النسخة الأصلية من المصنف (manuscript) منقولاً مادياً فتطبق عليه القاعدة . ومن ثم إذا شترها شخص حسن النية من غير المالك تملكها بالحيازة . ولكن لا يترتب على انتقال الملكية إلى الحائز أن تنتقل إليه حقوق المؤلف . ولا يكون له الحق في نشر المصنف . ومن جهة أخرى لا يجوز للمؤلف أن يلزم الحائز بأن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية إلا باتفاق معه (٢) . ويستثنى من المنقولات المادية فلا تخضع للقاعدة : (١) المنقولات المعتبرة من الأملاك العامة ، لأنها غير قابلة للتملك فلا يجوز تملكها بالحيازة . ويدخل ضمن هذه المنقولات المستندات والوثائق المحفوظة لدى الوزارات والمصالح المختلفة أو دار المحفوظات العامة ، والمتحف والتماثيل والصور المعروضة بالمتاحف العامة ، والتماثيل والمنقولات الأثرية (٣) ، والكتب والمخطوطات الموجودة بالمكتبات العامة ، والذخائر والأسلحة والمهمات الحربية ، وكل منقول آخر خصص للمنفعة العامة (٤) . وتستطيع الدولة أو الشخص العام أن يسترد هذه المنقولات من أي حائز لها ولو كان حسن النية وتوافرت فيه شروط تملك المنقول بالحيازة ، ويستردّها في أي وقت كان ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة أو أكثر (٥) . (٢) المنقولات الخاضعة للقيود أو المنقولات ذات

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٢٦-فقرة ٢٧ .

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٢٢٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٦ - ص ١٥٧ - بودري وتيسيه فقرة ٨٤٣ - بلايول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٧ . عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٢ ص ٦٧٨ - ص ٦٧٩ - ونرى من ذلك أن القاعدة لا تنطبق على الملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية لأنها تقع على شيء غير مادي (نقض مدني ١٢ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٥١ ص ١١١٤ - نقض فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٢١٥) .

(٣) نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥ - استئناف غنط أول مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١ .

(٤) الوسيط ٨ فقرة ٥٤ ص ١١٩ و فقرة ٥٧ ص ١٢٦ .

(٥) أنظر في عدم انطباق القاعدة على رسالة كتبها موليير بخطه autographe de Molière وتملكها المكتبة الملكية بباريس : باريس ٣ يناير سنة ١٨٤٦ دانور ٤٦-٢-٢١٢ - وعلى منقولات توثت أماكن لثبادة : روان ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦١ جريت دي باليه ١٩٦٢ ١ - ٩٩ . وقد سبق أن قررنا في الجزء الثامن من الوسيط : « وكذا لا يجوز تملك الشيء العام بالتقادم ، كذلك لا يجوز تملكه إذا كان منقولاً بالحيازة . وعلى هذا يجوز لشخص إداري أن يسترد الشيء العام المنقول من تحت يد حائزه . ولو كان هذا الحائز حسن النية . وإذا كان اسمه العام المنقول قد سبق أن وضعه ثم اشتراه شخص حسن النية . فإن الشخص الإداري يستطيع أن يسترده . ولا سيما أنه إذا كان المشتري قد اشتريه من المشتري السابق أو من بائع في سوق عامة أو من تاجر يتعامل في مثل هذا المنقول » (الوسيط ٨ فقرة ٨٦ ص ١٥٣) .

الطبيعة الخاصة : وأهم هذه المنقولات هي السفن والطائرات ، إذ يمكن تعيين مكان ثابت لها لا يتغير تقيد فيه السفينة أو الطائرة ، كما تقيد النصرفات الواردة على أى منهما ، والقيد (immatriculation) هنا يعدل التسجيل (transcription) أو القيد (inscription) في العقارات . ومن ثم لا تنتقل ملكية هذه المنقولات ما لم يشهر التصرف ، فهي منقولات تلحق بالعقارات من هذه الناحية ، وهي كالعقارات لا تخضع لقاعدة تملك المنقول بالحيازة (١) .

وما دام المنقول المادى هو الذى يخضع للقاعدة على النحو الذى قدمناه ، فلا تخضع لها إذن العقارات بطبيعتها . كذلك لا يخضع لها العقار بالتخصيص ، وهو المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله . وما دام هذا المنقول ملحقا بالعقار ، فإنه يسترده مع العقار بدعوى الاستحقاق (٢) ، ولا تحول دون ذلك قاعدة تملك المنقول بالحيازة لو أن حائزا حسن النية حاز العقار وما ألحق به من عقار بالتخصيص (٣) . ولكن

(١) أنظر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ بشأن تسجيل السفن التجارية والقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ بشأن حقوق الامتياز والرهون البحرية ، والمشروع الجديد للقانون البحرى ، واتفاقية شيكاغو المبرمة فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ وقد ارتبطت مصر بأحكامها ومن هذه الأحكام إخضاع الطائرات لإجراء التسجيل على النحو المقرر بالنسبة إلى السفن - وأنظر الوسيط ٨ فقرة ٢٨ . ولكن هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة الخاصة للقيد لا تعتبر عقارا بل منقولا ، ومن ثم لا تخضع للتقدم المكسب القصير ، وإنما تخضع للتقدم المكسب الطويل (بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٥) .

ولا تخضع الثمار ، وإن كانت منقولا ، لقاعدة تملك المنقول بالحيازة . فأنها ، وإن كانت هى الأخرى تملك بالحيازة أى بالقبض ، إلا أنها تسرى عليها أحكام قاعدة أخرى غير القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، وسيأتى بيان ذلك (أنظر م ٩٧٨ ملق) .

(٢) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩ .

(٣) وهناك رأى يذهب إلى عدم انطباق القاعدة على المنقولات التابعة لعقار حتى لو لم تكن هذه المنقولات عقارا بالتخصيص ، كنزل يباع بالأثاث الذى فيه ، فان المالك الحقيق للمنزل والأثاث يستطيع أن يسترد من الحائز حسن النية المنزل والأثاث جميعاً (كولان وكابيثان ودى لامور اندير ١ فقرة ١٢١٤ ص ٩٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٧ هامش ٣) . وقد ساد هذا الرأى فى الفقه المصرى (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٠٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٤ ص ٢١٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٣ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٢ ص ٦٨١) . ولكن لو باع مالك العقار عقاره وفيه منقولات غير مملوكة له . وان المشتري حسن النية يملك هذه المنقولات بالحيازة (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٣٩ هامش ٣) .

إذا فصل العقار بالتخصيص عن العقار، فإنه يرجع منقولا بطبيعته كما كان قبل إلحاقه بالعقار، ومن ثم يخضع للقاعدة ويصبح تملكه بالحيازة. فإذا استأجر شخص أرضا زراعية بما عليها من مواش وآلات زراعية مملوكة لصاحب الأرض، وفصل المستأجر ماشية أو آلة زراعية منها وباعها لمشتري حسن النية، فإن هذا المشتري يملك الماشية أو الآلة الزراعية بمجرد الحيازة، ولا يجوز دون ذلك أن الماشية أو الآلة الزراعية كانت في الأصل عقارا بالتخصيص ما دامت قد فصلت عن الأرض (١).

ولا يخضع للقاعدة الحقوق الشخصية، كالديون (crédances) والأوراق التجارية (effets de commerce)، فإن الديون تنتقل بالحالة (cession de créance)، والأوراق التجارية تنتقل بالتحويل (transfert) أو بالتظهير (endossement) (٢). ويتضح من ذلك السندات لحاملها، فسرى (٣) أنها تخضع للقاعدة ويجوز تملكها بالحيازة.

ولا يخضع للقاعدة المجموع من المال (universalité)، لأنه لا يقبل الحيازة. ومن ثم لا يخضع للقاعدة المتجر (fonds de commerce) (٤).

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٦ ص ٦٧٥ - أما المنقول بحسب المال فالأمر فيه يختلف فإنه وقت أن يشتريه شخص حسن النية يكون عقارا يستطيع المشتري أن يتحرى عن ماله. فإذا اشترى شخص أشجارا على أن تقطع وتسلم إليه، أو اشترى منزلا على أن يهدم ويسلم إليه أنقاضا، فهناك خلاف فيما إذا كانت قاعدة تملك المنقول بالحيازة تنطبق في هذه الحالة. أنظر في انطباقها بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٦، وانظر في عدم انطباقها Rodière في مجلة التشريع ٤٢ ص ٣٢١. ونميل إلى الأخذ بالرأى بالثاني، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري لسقف قديم قبل أن يفصل عن البناء الذي هو فيه ليس له أن يتسكك بالقاعدة (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢٠).

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٦ - نقض فرنسي ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ ١ - ٤٤ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٣ - ١٦ مارس سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٤١٢.

(٣) أنظر مايل فقرة ٤٤١.

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٣ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ -

نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٤ - ١ - ١١٢.

ولا الزكة ولو لم تشتمل إلا على منقولات فإن المطالبة بالزكة إنما تكون بدعوى الإرث لا بدعوى الاستحقاق (١) .

٤٤١ - السند لحامره : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٦ مدني

تقول : « من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله » . فألحق السند لحامله (titre au porteur) بالمنقول في تطبيق المادة ٩٧٦ مدني ، فإذا انتقلت إلى شخص حسن النية حيازة سند لحامله بسبب صحيح تملك هذا السند بمجرد الحيازة . والسند لحامله هو حق شخص (créance) الدائن فيه هو أي شخص يحمل السند ، فينتقل هذا الحق لا عن طريق الحوالة (cession de créance) كما تنتقل الحقوق الشخصية ، ولا عن طريق التحويل (transfert) كما تنتقل السندات الاسمية (titres nominatifs) ، ولا عن طريق التظهير (endossement) كما تنتقل السندات الإذنية (titres à ordre) ، بل عن طريق المناولة من يد إلى يد ، فأى شخص يحمل السند يكون هو الدائن كما قدمنا . وعلى ذلك يختلط الحق الشخصي في السند لحامله بالورقة ذاتها التي تثبت السند ، ويصبحان شيئاً مادياً واحداً هو هذه الورقة التي أثبتت فيها السند . ويتجسد الحق الشخصي في الورقة ، فتنتقل إليه ماديتها . ويصبح السند لحامله في حكم المنقول المادي ، كل من يحوزه بحسن نية يعتبر مالكا له كالمنقول المادي سواء بسواء ومن أجل ذلك أدخل المشرع السند لحامله في نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدني ، شأنه في ذلك شأن المنقول المادي (٣) .

وكما يخضع السند لحامله لقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، كذلك تخضع « كوبونات » (coupons) لنفس القاعدة . فمن حاز هذه الكوبونات بحسن نية وبسبب صحيح ، يصبح مالكا لها (٤) .

وإذا ظهر السند الإذني على بياض (endossé en blanc) ، فأصبح

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٥ - بودري ونيسيه فقرة ٨٣٩ .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ٤٣ .

(٣) بودري ونيسيه فقرة ٨٤١ .

(٤) بودري ونيسيه فقرة ٨٤١ ص ٦٧٢ هاش ٢ .

ينقل بالمناولة من يد إلى يد . فانه يأخذ حكم السند لحامله . ويدخل كالسند لحامله في نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى (١) .

والأوراق النقدية (*billets de banque*) هى فى الواقع سندات لحاملها ، ومن ثم تدخل فى نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى . فمن حاز بحسن نية وبسبب صحيح ورقا نقديا من غير مالكه ، فانه يملكه . أما إذا كان سىء النية . فإن لمالك الورق النقدى ، على فرض أنه أمكن التعرف على ذاتية هذا الورق النقدى وهذا نادر ، أن يسترده منه بدعوى الاستحقاق . وكالورق النقدى النقود المعدنية ، إذا أمكن التعرف على ذاتيتها (٢) .

٤٤٢ - الحقوق العينية على المنقول : ويدخل كذلك فى نطاق تطبيق

المادة ٩٧٦ مدنى الحقوق العينية على المنقول (م ١/٩٧٦ مدنى) . وذلك بشرط أن يكون الحق العينى على المنقول قابلا للحيازة . ويقبل الحيازة من الحقوق العينية على المنقول حق الانتفاع بالمنقول وحق استعماله ، ورهن حيازة المنقول ، وحق الامتياز على المنقول .

فأما حق الانتفاع بالمنقول (*usufruit*) وحق استعماله (*usage*) ، فيكسبان ، كما تكسب ملكية المنقول نفسه ، بالحيازة إذا اقترنت بسبب صحيح وتوافر حسن النية عند الحائز . فإذا رتب غير المالك . على منقول مادى ، لشخص حق انتفاع أو حق استعمال . وتسلم هذا الشخص المنقول وهو حسن النية للانتفاع به أو لاستعماله ، فإنه يملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال بالحيازة . والسبب الصحيح هنا هو عقد إنشاء حق الانتفاع أو حق الاستعمال ، وقد صدر من غير مالك المنقول . والاعتبارات التى بنى عليها تملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال فى المنقول بالحيازة هى نفس الاعتبارات التى بنى عليها كسب ملكية المنقول نفسه بالحيازة : استقرار التعامل فى المنقول ومقتضيات سرعة التداول . وقد نصت المادة ١/٩٨٥ مدنى على أن « حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم » ، وأغفل النص الحيازة فى المنقول سهوا ، ولا يشملها التقادم لأن التملك بالحيازة غير التملك بالتقادم كما سيأتى .

(١) بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠١ من ٣٦٩ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٢ .

وأما حق رهن الحيازة في المنقول : فقد ورد في شأنه نص صريح . إذ نصت المادة ١١١٨ مدني على أن « ١ - الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول . ٢ - وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون . كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحقوق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن » . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام في رهن الحيازة في الجزء العاشر من الوسيط . ويكفي هنا أن نقرر أنه إذا رتب غير المالك على المنقول حق رهن حيازة لشخص تسلم المنقول على سبيل الرهن وهو حسن النية . فإن هذا الشخص يصبح دائماً مرتهناً للمنقول . لا بموجب عقد الرهن إذ هو صادر من غير المالك . ولكن بموجب الحيازة الواقعة على حق الرهن لا على حق الملكية . والسبب الصحيح هنا هو عقد الرهن الصادر من غير المالك . ويستطيع الحائز أن يحتج بهذا الرهن على المالك الحقيقي للمنقول (١) . واستقرار التعامل في المنقول . هذا أيضاً ، هو الذي يبرر كيف يكسب الدائن حق رهن الحيازة في المنقول بالحيازة . إذا صدر الرهن من غير مالك المنقول (٢) وتبين أهمية ذلك بوجه خاص بالنسبة إلى بنوك الرهون . فهي تقرض المدينين وتأخذ ضماناً للقرض رهن حيازة على منقول يقدمه المدين . كسندات لحاملها أو مجوهرات أو غير ذلك من المنقولات . ولا يستطيع الدائن أن يثبت مما إذا كان المدين هو المالك للمنقولات المرهونة . فمن حقه أن يستند إلى حيازة المدين الراهن للمنقول ليطمئن إلى أنه هو المالك ، وإلا لما استقر التعامل ، ولتعطل هذا الوجه من وجوه الائتمان .

وأما حق الامتياز على المنقول : فإنه يثبت بالحيازة مع حسن النية حيث

(١) استئناف مخطوط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م

١٤ ص ٢٩٥ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ الخامة ١٤

رقم ٢٧٥ ص ٥٤٠ - وللدائن المرتهن حسن النية أن يحتج بره على الدائن صاحب الامتياز كالمستأجر (استئناف مخطوط ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥) وكالبائع (استئناف

مخطوط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٣٨٠) .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٨٦٨ .

يكون حق الرهن مبنياً على فكرة الرهن القسمنى ، فإخاء حكم رهن الخيابة على النحو الذى قدمناه . من ذلك امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة . فانه يثبت ، ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير . ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة « (م ١١٤٣ / ٢ مدنى) . ومن ذلك أيضاً امتياز صاحب الفندق على أمتعة النزىل . فيقع الامتياز على الأمتعة ، ولو كانت غير مملوكة للنزىل . إذالم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة » (١) (م ١١٤٤ / ٢ مدنى) .

٤٤٣- الشرط الثانى - الحيابة : ويجب أن يحوز الشخص المنقول حيابة صحيحة . حتى يتملكه . والحيابة هنا هى سبب كسب ملكية المنقول ، أو سبب كسب الحق العينى على المنقول كحق الانتفاع وحق رهن الحيابة . وحتى تكسب الحيابة الحائز الملكية أو الحق العينى ، يجب أن تكون حيابة حقيقية . وأن تكون متوافرة على عنصرها المعنوى إلى جانب هذا العنصر المادى ، وأن تكون خالية من العيوب . وقد قدمنا مثل ذلك فى الحيابة عندما تقوم بدورها الآخر ، كطريق للإثبات لا كسبب الملكية (٢) .

فيجب أن تكون الحيابة حيابة حقيقية (réelle) ، فحيابة المنقول حيابة رمزية لا تكفى كما إذا تسلم الشخص البضائع المعهود بها إلى أمين النقل

(١) ويذهب رأى إلى أن المصدر المباشر هو النص ، وإذا كان المشرع يقرر الامتياز على منقولات غير مملوكة بشروط خاصة ، فهو ليست شروط قاعدة الحيابة ، لأن حيابة المنقول محل الامتياز لا تكون للمؤجر أو صاحب الفندق بل للمستأجر أو النزىل . كما أن هذه الحيابة لا تستند إلى سبب صحيح « (منصور مصطفى منصور فخرى ١٨٥ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٣ - وقرب عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٧٤ دمش ١ - عبد العظيم فرج الصدة فقرة ٤٤٣ ص ١٨٢) . وإذا صح أن المصدر المباشر لى الامتياز هو النص . فإن النص فيما نحن بصدده إنما هو تطبيق لقاعدة الحيابة . إذ الأصل أن الامتياز لا يثبت إلا على منقول مملوك للمدين ، فأثبت النص هنا على منقول غير مملوك للمدين . وراعى فى ذلك توافر شروط قاعدة الحيابة . أما السبب الصحيح لوجود ، إذ أن امتياز المؤجر أو صاحب الفندق إنما يقوم على رهن ضيق . وقد وقع هذا الرهن نفسه على منقول غير مملوك للمدين اعترض . سبب صحيحاً

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٣٧ .

أو المودعة في المخازن عن طريق تسلم سنداتها (١) . كذلك لا تعتبر حيازة المشتري للمنقول المبيع حيازة حقيقية ، إذا هو تركه في يد البائع يحوزه نيابة عنه (*constitut possessorio*) . ويعتبر حيازة حقيقية تسلم الحائز مفاتيح الصندوق الذي أودع فيه المنقول ، بحيث يستطيع الاستيلاء عليه في أى وقت شاء (٢) . وكون الحيازة حيازة حقيقية من مسائل الواقع ، يستقل بتقديرها قاضى الموضوع (٣) .

ويجب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة (*animo domini*) لا حيازة هرضية (*précaire*) ، فيجب أن يحوز الحائز لحساب نفسه لا لحساب الغير ، وبنية التملك أو بنية كسب الحق العيني محل الحيازة . وبفترض في الحيازة أن تكون حيازة أصيلة لا حيازة عرضية ، وعلى مدعى الاستحقاق أن يثبت العكس ، فيثبت أن الحائز لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب غيره . فإذا أثبت

(١) أنظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٤١ - حسن كبيرة ص ١١٥ .

(٢) لوران ٣٢ فقرة ٥٥٥ - جيوار فقرة ٨٦١ - فقرة ٨٦٢ - ثرولون فقرة ١٠٦٢ - فقرة ١٠٦٣ - بودرى ونيسيه فقرة ٨٤٩ ص ٦٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٦ ص ٣٧٣ - شفيق شعاعه فقرة ٢١٥ - ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن الحيازة لا تعتبر سداً للملك في المنقول إلا إذا كانت فعلية بنية التملك ، بريئة من شائبة الفموض والبس . وهى لا تكون فعلية إلا إذا ترتب عليها وجود الشيء المحوز في مكانة الحائز وتحت تصرفه ، ولا تكون بنية التملك إلا إذا كان الحائز أصلاً يحوز لنفسه لا لغيره ، ولا تكون بريئة من البس والفموض إلا حيث تخلص ليد واحدة لا تخالطها سواها مخالطة تثير الشك في انفرادها بالتسلط على الشيء والتصرف فيه . ومفتاح الخزانة يشبه تذكرة النقل ، من حيث إن كلاهما يحمل حامله حائزاً حيازة رمزية لمنقول ليس في يده فعلاً . وتشابه الحالتين يجعل قياس إحدى الحالتين على الأخرى قياساً سليماً لا يقدر فيه اختلافهما في وجوه أخرى ، إذ ليس شرطاً لصحة القياس أن يتفق المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه (نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ الحاماة ٢٨ رقم ٢٨ ص ٤٤) . وانظر في معنى هذا الحكم : محمد علي عرفة ٢ فقرة ١١٦ ص ٢١١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٥ ص ٦٨٣ .

كذلك يعتد بالحيازة الملكية فنقل الملكية ، كما إذا اشترى مستأجر المنقول هذا المنقول من المؤجر غير المالك ، وبقي المستأجر راضعاً يده على المنقول ولكن على اعتبار أنه مشتر لا مستأجر (عبد الفتاح عبد الباقي رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٢٠٢ - عبد المنعم البدر أرى فقرة ٤٤٣ ص ٥٨٩ دمش ١) .

(٣) بودرى ونيسيه فقرة ٨٤٩ ص ٦٧٧ .

مثلا أن الحائز إنما يحوز المنقول على سبيل الوديعة أو العارية أو الإيجار أو الوكالة . فقد أثبت أن الحيازة حيازة عرفية ليس من شأنها أن تكسب الحائز العرضي الملكية أو الحق العيني (١) .

ويجب أخيرا أن تكون الحيازة خالية من العيوب : أي أن تكون حيازة غير متقطعة وغير مصحوبة بإكراه وغير خفية وغير غامضة . ولما كان شرط تملك المنقول بالحيازة أن يكون الحائز حسن النية . فإن حسن النية يتنافى مع أن تكون الحيازة مصحوبة بإكراه أو أن تكون خفية . وكذلك لا يتصور أن تكون الحيازة متقطعة . فإن مجرد الحيازة الحقيقية هنا ولو لحظة واحدة يكفي لكسب الملكية أو الحق العيني . فليس هناك متسع من الوقت لتقطع الحيازة . بقي عيب الغموض . والغالب أن إثبات نية التملك ينفي أن تكون الحيازة غامضة . وعلى ذلك إذا أثبت الحائز أن حيازته حيازة حقيقية مقترنة بنية التملك . فيغلب أن يتضمن ذلك إثبات أن الحيازة خالية من العيوب (٢) .

٤٤٤ - الشرط الثالث - السبب الصحيح : لا يعتبر السبب الصحيح في القانون الفرنسي شرطا لتمكن المنقول بالحيازة ، أو في القليل لا يعتبر شرطا مستقلا عن شرط حسن النية بل هو يندمج في هذا الشرط الأخير . ذلك بأن الحائز حسن النية إنما يعتمد عادة في حسن نيته على اعتقاده أنه تلقى ملكية المنقول من المالك بتصرف قانوني من شأنه أن ينقل إليه الملكية ، وهذا التصرف القانوني هو السبب الصحيح : فهو إذن عنصر من عناصر حسن النية وليس بشرط مستقل (٣) ، وينبني على ذلك أن التصرف القانوني الباطل والتصرف القانوني الظني ، وكل منهما ليس له وجود قانوني ، يصلحان لأن يستند إليهما الحائز في حسن نيته متى اعتقد أن الملكية قد انتقلت إليه بأى منهما (٤) . أما إذا

(١) نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ الخاصة ٢٨ رقم ٢٨ من ٤٤ .

(٢) بلازيون وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ من ٢٨٠ - مازو فقرة ١٥٣١ - وقرون

مازي وريينو فقرة ٢٩٢ من ٣٨٤ .

(٣) ومع ذلك أنظر في وجوب اشتراط السبب الصحيح في القانون الفرنسي عبد

الفتاح عبد الباقى رسالته في دور الحيازة في المنقول من ٢٥٤ من ٢٨٩ .

(٤) بودري واسبه فقرة ٨٦٧ - بلازيون وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٢ - مازو

فقرة ١٥٣٦ (فيما يتعلق بالنسبة إليهم بطلان مطلق لمجموعة لقانون أو بطلان ب) .

كان التصرف القانوني قابلاً للإبطال وعلم الحائز بذلك فإن هذا العلم لا يبنى حسن نيته (١). وقد استبعد السبب الصحيح شرطاً مستقلاً في القانون الفرنسي على النحو الذي قدمناه إذ لم يرد له أى ذكر في المادة ١/٢٢٧٩ مدنى فرنسى ، فهذا النص يقتصر على القول بأن الحيازة في المنقول سند الملكية *En fait* (*de meubles, la possession vaut titre*) . فلم يذكر النص لا السبب الصحيح ، ولا حسن النية . ولكن شرط حسن النية قد ورد في نص آخر هو المادة ١١٤١ مدنى فرنسى ، ويعتبر هذا النص تطبيقاً للقاعدة . ومن ثم استعير منه شرط حسن النية وكمل به نص المادة ١/٢٢٧٩ . أما شرط السبب الصحيح فلم يرد ذكره ، لافى المادة ١/٢٢٧٩ كما قدمنا ، ولا فى أى نص آخر . وهذا بخلاف التقادم المكسب القصير فى العقار : فقد نصت المادة ٢٢٦ مدنى فرنسى صراحة على أن يشترط فيه وجود السبب الصحيح .

ويختلف التقنين المدنى المصرى عن التقنين المدنى الفرنسى اختلافاً واضحاً فى هذا الشأن . فقد اشترطت المادة ٩٧٦ مدنى مصرى صراحة وجود السبب الصحيح لتملك المنقول بالحيازة ، فقد رأيناها (٢) نقول : ١ - من حاز بسبب صحيح ... ٢ / فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح ... ٣ - والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح ... ٤ . (٣) وعلى ذلك يكون السبب الصحيح ، فى القانون المصرى ، شرطاً قائماً بذاته ومستقلاً عن شرط حسن النية لتملك المنقول بالحيازة .

وقد بحثنا السبب الصحيح كشرط مستقل من شروط التقادم المكسب

(١) ولكن يستطيع المالك الحقيق أن يستعمل دعوى من تصرف فى المنقول للحائز ، إذا كان هذا الأخير مديناً له بسبب انتزاعه الحيازة منه . فيطلب إبطال التصرف . فيرد الحائز المنقول للتصرف ، فيسترده من المتصرف المالك الحقيق . على أن المالك الحقيق قد لا ينبجى فى هذه الدعوى غير المباشرة . ويتحقق ذلك إذا زال سبب الإبطال بالإجازة مثلاً أو بالتقادم ، وإذا دفع الحائز الدعوى بدفع من الدفع التى كان التصرف يستطيع أن يدفع بها . وحتى إذا نجح المالك الحقيق فى الدعوى غير المباشرة ، فإن سائر دائئى المتصرف يزاحمنه طبقاً للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة (بلانيول وريبير وبيكار ٣٠ فقرة ٢٨٢ ص ٢٨٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥

(٣) أنظر أيضاً فى التقنين المدنى السابق المواد ٦٨/٤٩ و ٦٨/٥٠ و ٦٨/٥١ و ٦٨/٥٢

القصر في العقار ، وما قلناه هناك (١) ينطبق هنا . فالسبب الصحيح هو تصرف قانوني (acte juridique) ناقل للملكية (٢) ، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صادر من غير مالك ، وكان ينقلها لو أنه صدر من المالك (٣) . ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية ، فكل تصرف ناقل أو منشيء لحق عيني منقول آخر قابل لأن يكسب بالحيازة ، كحق الانتفاع في المنقول وحق رهن الحيازة في المنقول ، إذا صدر من غير صاحب هذا الحق ، يعتبر هو أيضا سببا صحيحا . وإذا كان التصرف القانوني الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون سببا صحيحا ، على النحو السالف الذكر ، فإن سند المتصرف نفسه الذي استند إليه في تصرفه للحائز لا يعتد به . فقد يكون هذا المتصرف ليس عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية . يعتقد أنه يملك المنقول الذي يتصرف فيه ، وقد يكون حائزا عرضيا كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو وكيل وقد باع المنقول للحائز فيكون سببا صحيحا . فيستوى إذن أن يكون المتصرف حسن النية أو سببا صحيحا ، ويستوى أن يكون حائزا أصيلا أو حائزا عرضيا أو غير حائز أصلا ، والمهم فيه أن يكون غير مالك للمنقول أو غير صاحب الحق العيني المنقول الذي تصرف فيه للحائز . وقد رأينا فيما تقدم (٤) ما يعتبر سببا صحيحا وما لا يعتبر . فيعتبر سببا صحيحا بوجه خاص البيع والمقايضة والهبة والوصية بمنقول معين بالذات ، ورسوم مزاد المنقول المحجوز عليه (٥) والوفاء بمقابل وتقديم الشريك منقولا حصة له في الشركة ، ولا يعتبر

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٠ وما بعدها .

(٢) أما الميراث فليس بتصرف قانوني بل هو واقعة مادية ، ومن ثم لا يعلق سببا صحيحا (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣٠١) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٨ - ٢١ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٤ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢ - أول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٧ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٢ .

(٥) وقد قضى بأن من رما عليه مزاد الحصول المحجوز عليه ، وتسلمه بعد فصله من الأرض ، له أن يتسك بقاعدة تملك المنقول بالحيازة ضد المشتري الذي باع له المثلين هذا الحصول (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٥٠) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٠ - بنى سوبف ائككية ١٧ أغسطس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٩ ص ٢٦٥ - قنا الجزئية ١٦ يناير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٥٩ ص ١٢٢ .

سببا صحيحا بوجه خاص الميراث والعقود التي ليس من شأنها أن تنقل الملكية (كالإيجار والعارية والوديعة والوكالة) والتصرفات الكاشفة عن الملكية (كالقسمة الاختيارية والصلح) والحكم القضائي . وقد منا (١) أن التصرف القانوني الباطل من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع ليس له وجود قانوني ، فلا يعتبر سببا صحيحا . وكذلك لا يعتبر سببا صحيحا التصرف القانوني الظني ، لأنه هو أيضا ليس له وجود قانوني (٢) . أما التصرف القانوني القابل للإبطال فانه يصلح أن يكون سببا صحيحا ، لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (٣) . وكذلك يصلح أن يكون سببا صحيحا التصرف القانوني المعلق على شرط فاسخ ، كما يصلح أن يكون سببا صحيحا التصرف القانوني المعلق على شرط واقف ولكن من وقت تحقق الشرط (٤) .

ولكن السبب الصحيح في تملك المنقول بالحيازة يختلف عن السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير في أمرين : (١) لا يسجل السبب الصحيح في تملك المنقول بالحيازة لأن التسجيل لا يكون إلا في العقار ، أما السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير فيجب تسجيله كما أسلفنا القول (٥) . (٢) في إثبات السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، قدمنا (٦) أن السبب الصحيح لا يفترض وجوده ، لذلك كان من الواجب إثباته ، ويقع عبء الإثبات على الحائر الذي يتمسك بالتقادم ، ويثبتن طبقا للقواعد العامة في الإثبات . أما في تملك المنقول بالحيازة ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٧٦ مدني كما رأينا (٧) على ما يأتي :

« والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يعم

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢١٨ ص ٢٢٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٥ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٦ - وإذا كان التصرف القانوني معلقاً على شرط وقف

ولم يتحقق الشرط ، انعدم التصرف القانوني واعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم لا يمكن اعتباره سبباً صحيحاً ، وكذلك يكون الحكم فيما إذا كان التصرف القانوني معلقاً على شرط فاسخ وتحقق الشرط (أنظر آنفاً فقرة ٤٢٦) .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٨ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٩ .

(٧) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٠ .

الدليل على عكس ذلك . ونرى من هذا النص أن حائز المنقول لا يكلف إثبات وجود السبب الصحيح ، فجرد حيازته للمنقول يفترض وجود هذا السبب . وإذا نازع المالك الحقيقي للمنقول في وجود السبب الصحيح ، فعليه هو أن يثبت أنه غير موجود ، أو أنه تصرف قانوني باطل أو تصرف قانوني ظني ليس لأى منهما وجود قانوني . ولا يكفي أن يثبت أن التصرف القانوني قابل للإبطال أو معلق على شرط ، فقد قدمنا أن التصرف القانوني في هاتين الحالتين يصلح أن يكون سببا صحيحا .

٤٤٥ - الشرط الرابع - حسن النية : ويشترط أخيرا في الحائز ، حتى يملك المنقول بالحيازة ، أن يكون حسن النية ، وفي هذا تقول المادة ١/٩٧٦ مدني كما رأينا (١) : « من حاز بسبب صحيح -منقولا... فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته » . ومعنى حسن النية هنا هو نفس معناه في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (٢) : أن يكون الحائز قد اعتقد أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك (٣) . فحسن النية إذن غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك المنقول ، على أن يكون هذا الغلط معتبرا حتى يستقيم مع حسن النية ، فإذا كان غير معتبرا فإنه ينفي حسن النية (٤) . ويستوى أن يكون الغلط في الواقع أو في القانون (٥) . وفي جميع الأحوال يجب أن يكون حسن النية كاملا ، فأى شك يقع في نفس الحائز في أن المتصرف قد لا يكون هو مالك المنقول ينفي حسن النية .

وعلم الحائز بالعيوب التي تشوب سند من تلقى منه الملكية ، وأن هذا السند باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ أو معرض للإلغاء بأى وجه من الوجوه ،

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٠ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٣ ص ٦٩٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص ٣٨١ .

(٤) استئناف مخطط ١٨ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٦ - ٧ يناير سنة ١٩٣٦

٤٨ ص ٦٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢١٧ ص ٢٢٤ .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٣ .

ينبنى حسن النية الواجب توافره عند الحائز (١) . أما العيوب التي تشوب السبب الصحيح نفسه أى التصرف القانونى الصادر للحائز ، فمنها عيب لا بد للحائز من أن يجهله ، وهو أن يكون التصرف صادراً من غير المالك . إذ لا بد أن يعتقد الحائز أن التصرف صادر من المالك ، حتى يكون حسن النية كما أسلفنا . بقيت العيوب الأخرى التي تشوب السبب الصحيح ، ومن هذه ما يجعل التصرف القانونى غير صالح لأن يكون سبباً صحيحاً كالتصرف الباطل والتصرف الظنى ، وسواء علم بها الحائز أو لم يعلم فإن السبب الصحيح غير موجود ، فلا محل إذن للبحث فيما إذا كان العلم بها ينبنى حسن النية أو لا ينفيه إذ في الحالتين لا يستطيع الحائز أن يملك المنقول بالحيازة لانعدام السبب الصحيح . فإذا كان العيب الذى يشوب السبب الصحيح لا يمنع من صلاحيته لأن يكون سبباً صحيحاً ، وذلك كأن يكون التصرف قابلاً للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو قابلاً للفسخ أو معلقاً على شرط واقف أو معلقاً على شرط فاسخ ، فعلم الحائز بمثل هذه العيوب لا ينبنى حسن نيته . ذلك لأن حسن النية هو ، كما قدمنا ، ليس الجهل بجميع عيوب السبب الصحيح ، بل الجهل بعيب واحد منها فقط هو أن التصرف صادر من غير المالك . أما وقد جهل الحائز هذا العيب ، فهو حسن النية ، سواء كان لا يعلم بالعيوب الأخرى أو كان يعلم بها (٢) .

أما الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية ، فقد نصت المادة ١/٩٧٦ مدنى كما رأينا (٣) فى هذا الصدد على أن « من حاز بسبب صحيح منقولاً... فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته » . فالعبرة إذن ، فى توافر حسن النية فى تملك المنقول بالحيازة ، بوقت حيازة المنقول ، لا بوقت

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٧ .

(٢) أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٤٣٢ - وانظر بودرى وتييه فقرة ٨٧٢ ص ٦٩٦ - بلانبول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٣٨١ ص ٣٨١ - وانظر حكماً لهيئة النقض أنست فيه المحكمة مجالا لقاعدة تملك المنقول بالحيازة فى حين أن السند صادر من ناظر الوقف مجاوزاً فيه الحدود التى عينها له القاضى الشرعى : نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ بمجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٢ . ولا ترى فى هذه الحالة محلاً لإثارة قاعدة تملك المنقول بالحيازة ، لأن هذه القاعدة تفترض أن السند صادر من غير مالك ، وإنما يجب تطبيق القواعد العامة .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

تلقى الحق كما هو الأمر في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (١). وعلى ذلك إذا كان الحائز حسن النية وقت تلقى الحق ، ولكنه أصبح سيء النية عند بدء الحيازة ، فإنه لا يعتبر حسن النية ولا يملك المنقول بالحيازة (٢). ولما كان يصعب أن نتصور الفرض العكسي ، وهو أن يكون الحائز سيء النية وقت تلقى الحق ثم يصبح حسن النية وقت الحيازة (٣) ، فإن الذى يقع عملاً هو أن يكون الحائز حسن النية من وقت تلقى الحق إلى وقت بدء الحيازة (٤). ذلك لأن الحائز إنما يملك المنقول بمجرد الحيازة ، ولا يشترط أن تدوم الحيازة وقتاً ما ، ومن ثم تشدد القانون في تحديد الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية فجعله وقت بدء الحيازة ، حتى يشمل وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة معاً. أما في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، فإن الحائز يجب أن يستمر في حيازته خمس سنوات حتى يملك العقار ، فاقصر القانون في الوقت الذى

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٢ .

(٢) وقد قضى بأنه يشترط أن يكون المشتري حسن النية في الوقت الذى يجوز فيه المنقول بالفعل ، لا وقت الشراء ، لأن سند ملكية المشتري ليس هو الشراء بل هي الحيازة ، فيجب توافر حسن النية عند بدء الحيازة (استئناف مخطط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩) - وإذا كان الحائز حسن نية وقت بدء الحيازة ، تملك المنقول ، ولا يهم أن يصبح سيء النية بعد ذلك . فإذا علم بعد لحظة واحدة من حيازته للمنقول أن المتصرف غير مالك له ، فإن هذا العلم لا يؤثر في ملكيته للمنقول بعد أن تملكه بالحيازة (بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٤ ص ٦٩٧) . وانظر عكس ذلك وأن الحائز يعتبر سيء النية ويكون مشغولاً جنائياً في حكين من محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية (١٨ يوفية سنة ١٩٣٦ سيرة ١٩٣٧ - ١ - ١٩٣ - ٧ يولية سنة ١٩٤٤ Sem. Jur. الأسبوع القضاء ١٩٤٧ II ٣٤١٠) ، وانظر نقداً لهذين الحكين الشاذين في مازو فقرة ١٥٣٥ ، وانظر أيضاً مارتى ورينو فقرة ٣٩٤ ص ٣٨٥ .

(٣) قارن شفيق شحاتة فقرة ٢١٨ ص ٢٢٥ .

(٤) وفي فرنسا حيث لا يوجد نص صريح في تحديد الوقت الذى يجب توافر حسن النية فيه قام خلاف في الرأي ما بين وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة . أنظر في هذا الخلاف بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٤ . وانظر في أن الوقت الذى يتدبه هو وقت بدء الحيازة : بلانيرل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص ٣٨٠ - ٣٨١ - نقض فرنسي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٧٢ - وانظر في أن يكون الحائز حسن النية في وقت تلقى الحق وفي وقت بدء الحيازة بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٤ ص ٦٩٧ - مارتى ورينو فقرة ٣٩٤ ص ٣٨٥ - نقض فرنسي ٧ يناير سنة ١٩٥٣ Bull. civ. III ٨ .

يجب أن يتوافر فيه حسن النية على وقت تنقضي الحق . وينبغي على ما قدمناه أن
الوصى له بمنقول ، إذا كانت الوصية صادرة من غير المالك ، يجب حتى
يتملك المنقول بالحيازة أن يكون حسن النية وقت تسلمه المنقول الموصى به ،
ولا يكفي حسن نيته وقت موت الموصى ، بل ولا وقت قبول الوصية . وإذا
حدث أن المنقول كان في حيازة الحائز قبل صدور السبب الصحيح ، كأن
تسلمه بعقد إيجار ثم اشتراه من المؤجر وكان هذا لا يملك المنقول ، أو تسلمه
بتصرف قانوني معلق على شرط واقف ثم تحقق الشرط ، وجب أن يتوافر
حسن النية وقت الحيازة ، ولكن لا في وقت بدايتها ، بل في الوقت الذي
اشترى فيه الحائز المنقول أو في الوقت الذي تحقق فيه الشرط الواقف .

وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يتم الدليل على العكس (م ٩٦٥ مدني) .
وقد طبقت المادة ٣/٩٧٦ مدني هذا المبدأ تطبيقاً خاصاً في تملك المنقول بالحيازة ،
فنصت كما رأينا (١) على ما يأتي : « والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب
الصحيح وحسن النية ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك » . وعلى ذلك لا يكلف
حائز المنقول أن يثبت إلا الحيازة وحدها (٢) ، فإذا ما أثبتنا افتراض القانون
أن هذه الحيازة مقترنة بحسن النية ومصحوبة بالسبب الصحيح (٣) . ويستوى
أن يكون الغلط الذي وقع فيه الحائز من أن المتصرف في المنقول هو المالك له
غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون ، نفي الحالتين يفترض في الحائز أنه حسن
النية حتى يقيم المالك الحقيقي للمنقول الدليل على العكس (٤) . فإذا ادعى هذا
المالك أن الحائز سىء النية وأنه كان يعلم وقت بدء الحيازة أن المتصرف غير
مالك ، فعلى المالك يقع عبء إثبات ذلك . وله أن يثبت سوء نية الحائز بجميع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

(٢) استئناف وطني ٣ مايو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٨٧ ص ٢٧٠ - استئناف
مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٤ - ٢٠ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٤ - ٢٣
مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢١٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٧ ص ٦٨٨ .

(٣) نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥
عاماً جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٤ ورقم ٥ - استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٠ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٤ .

طرق الإثبات لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز اثباتها بالبينة والقرائن (١) .
وكثيرا ما يلجأ المالك ، في إثبات سوء نية الحائز ، إلى إثبات أن الحائز لم يتخذ
الاحتياطات البديهية التي تملها الظروف الملازمة للتثبت من ملكية المتصرف
للمنقول . ويتخذ من ذلك قرينة على أن الحائز كان يعلم ، أو كان ينبغي أن
يعلم ، أن المتصرف غير مالك للمنقول ، وأن الغلط الذي وقع فيه في هذا
الشأن كان غلطا غير مغتفر ، مما ينتنى معه حسن النية (٢) .

ب - الأثر الذي تترتب على تطبيق القاعدة

٤٤٦ - الأثر المكسب والأثر المسقط : إذا توافرت الشروط الأربعة
التي بسطناها فيما تقدم ، فإن الحائز للمنقول أو للحق العيني المنقول يصبح مالكا
للمنقول أو صاحباً للحق العيني ، وهذا هو الأثر المكسب للقاعدة . وإذا كان
المنقول مثقلا بتكاليف أو قيود عينية ، كرهن حيازة أو حق انتفاع ، ووضع
الحائز يده على المنقول باعتباره خاليا من هذه التكاليف والقيود ، فإنه يملك
المنقول خالصا منها ، إذ هي تسقط أيضا بالحيازة ، وهذا هو الأثر المسقط
للقاعدة .

٤٤٧ - الأثر المكسب : وقد رأينا فيما تقدم أن الحائز للمنقول بسبب
صحيح وبحسن نية ، يكسب ملكيته بمجرد الحيازة ومن ثم كانت الحيازة
وحدها سببا من أسباب كسب ملكية المنقول ، ولم يكسب الحائز الملكية بالسبب
الصحيح لأنه صادر من غير مالك ، وإنما كسبها بالحيازة المصحوبة بالسبب
الصحيح والمقترنة بحسن النية .

وهذا هو الحكم أيضا فيما إذا وضع الحائز يده على حق عيني في منقول ،
كحق انتفاع أرض رهن حيازة . فالحائز يكسب حق الانتفاع أو حق رهن
الحيازة ، لا بالسبب الصحيح لأنه صادر ممن لا يملك ترتيب هذا الحق ، بل
بالحيازة المصحوبة بالسبب الصحيح والمقترنة بحسن النية .

(١) استئناف مغلط ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٣ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٨

٢١ م ١٠٦ - ١٢ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٣ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢
ص ٥١٠ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٨٧٣ ص ٦٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨١ -

كاربونييه ص ٢٥٥ .

فإذا رفع المالك الحقيقي للمنفول دعوى استحقاق يطالب بموجبها الحائز ببرد المنقول إليه ، كان للحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق هذه بأنه تملك المنقول بالحيازة ، أو تملك بها حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة . فلا يستطيع المالك أن يسرد المنقول أصلا من الحائز ، أو لا يستطيع أن يسرده إلا مثقلا بحق الانتفاع أو بحق رهن الحيازة لمصلحة الحائز (١) . وهذا بخلاف ما إذا كانت شروط القاعدة لم تتوافر ، فإن المالك الحقيقي في هذه الحالة يستطيع أن يسرد المنقول من تحت يد الحائز غير مثقل بأى حق عيني ، وذلك بموجب دعوى الاستحقاق . ولا يستطيع الحائز أن يرد هذه الدعوى إلا إذا تملك المنقول أو الحق العيني بالتقادم المكسب الطويل ، أى بعد حيازة تدوم خمس عشرة سنة وفقا للقاعدة المقررة في هذا التقادم (٢) .

ويستطيع الحائز الذى تملك المنقول بالحيازة وفقا للقواعد التى بسطناها فيما تقدم ، ليس فحسب دفع دعوى الاستحقاق التى يرفعها عليه المالك الحقيقي ، بل أيضا دفع دعوى الإبطال أو الفسخ التى يرفعها عليه شخص باع مثلا المنقول لشخص آخر بعقد قابل للإبطال أو للفسخ ، واشترى الحائز هذا المنقول من المشتري ، ^٣ أبطال البائع الأول البيع أو فسخه ، وطالب الحائز ببرد المنقول المبيع مستندا إلى الأثر الرجعى للإبطال أو الفسخ . ذلك لأن البائع الأول ، لما أبطال البيع أو فسخه ، جعل المشتري منه غير مالك للمنفول ، ويكون البيع الصادر من هذا الأخير للحائز صادرا من غير مالك . فتوافر في الحائز ، إذا كان حسن النية لا يعلم بسبب الإبطال أو الفسخ ، شروط تملك المنقول بالحيازة . ومن ثم يستطيع أن يرد دعوى البائع الأول ، فإن هذه الدعوى ليست في الواقع من الأمر ، بعد الإبطال أو الفسخ ، إلا دعوى استحقاق يجوز للحائز ردها إذ أنه تملك المنقول بالحيازة (٣) .

وعلى العكس من ذلك ، لا يحول تملك الحائز للمنفول بالحيازة دون الدعاوى الشخصية الناشئة من عيوب السبب الصحيح . فإذا كان السبب الصحيح أى التصرف القانونى الذى تلقى به الحائز الحيازة من غير المالك ، قابلا للإبطال

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٩ . بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٤ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٩ .

أو للفسخ ، فإن غير المالك الذي تصرف في المنقول للعائز يستطيع أن يرفع هذه الدعاوى الشخصية على الحائز . وإذا كان المالك الحقيقي دائما لم تصرف في المنقول بسبب أن هذا الأخير قد انتزع منه الحيازة أو تصرف في منقول لا يملكه ، فإن المالك الحقيقي يستطيع أن يرفع دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ باسم مدينه ، فيسترد المنقول لهذا المدين ، ثم يسترده منه بدوره بدعوى استحقاق يرفعها عليه (١) .

٤٤٨ - الأساس القانوني الذي يقوم عليه الأثر المكسب - نظرية

التقادم الفوري : بقي أن نعرف على أي أساس قانوني يقوم تملك الحائز للمنقول .

هناك نظرية قديمة تذهب إلى أن الحائز يملك المنقول بالتقادم ، ولما كان الحائز ليس في حاجة حتى يملك المنقول إلى أن تدوم الحيازة وقتا ما ، فإن التقادم هنا يكون تقادما فوريا (*prescription instantanée*) لا يحتاج إلى مرور الزمن . والقائلون بهذه النظرية من الفقهاء الفرنسيين (٢) تأثروا كثيرا بالمكان الذي وردت فيه المادة ٢٢٧٩ في التكوين المدني الفرنسي . فقد ورد هذا النص ضمن النصوص التي عرفت للتقادم وفي الفصل ذاته الذي أورد مدد التقادم ، متدرجا من التقادم الطويل ومدته ثلاثون سنة ، إلى التقادم المكسب القصير ومدته من عشر إلى عشرين سنة ، إلى أنواع أخرى من التقادم تتفاوت مددها من خمس سنوات إلى ستة أشهر ، حتى وصل إلى المادة ٢٢٧٩ وفيها التقادم لا تدوم مدته إلا لحظة واحدة . ويقول هؤلاء الفقهاء إن هذا يتفق مع التطور التاريخي الذي مرت به قاعدة تملك المنقول بالحيازة . فقد كان المنقول في القانون الروماني تكسب ملكيته بالتقادم كالعقار ، وانتقلت هذه القاعدة من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم في بعض عهوده . واقتضى استقرار التعامل في المنقول إنقاص مدة التقادم فيه شيئا فشيئا ، ثم انتهى الأمر إلى إلغاء المدة بتاتا . ولم تتغير طبيعة نظام تملك المنقول بإلغاء المدة ، فلا يزال المنقول يملكه الحائز بالتقادم وإن أصبحت مدته لحظة واحدة . ولا يزال الحائز

(١) بودري ونيسيه فقرة ٨٨٠ .

(٢) ديولوب ٩ فقرة ٦٢٢ - ماركاديه المادة ٢٢٧٩ فقرة ١ - *مجلد* في النظرية

العامة في التقادم المسقط رسالة سنة ١٨٩٧ ص ٣٢٥ وما بعدها .

كما هو الأمر في كل تقادم مكسب ، يكسب ملكية ، الشيء وبمجرد المالك الحقيقي منها لا اعتبارات تتعلق باستقرار التعامل .

وهذه النظرية بادية الضعف ، ولم يعد يقول بها أحد من الفقهاء الحديثين . ذلك أن التقادم معناه مرور الزمن ، والتقادم بغير مرور الزمن لا يكون تقادما ، وعبارة « التقادم الفوري » عبارة ينقض بعضها بعضا إذ أن التقادم ينفي الفورية . والقول بأن الحيازة هنا تدوم لحظة واحدة فيتحقق التقادم قول لا يقوم على أساس ، إذ أن التقادم يقتضي مرور الزمن ، ومرار الزمن لا يتحقق إلا إذا دامت الحيازة وقتا ما ولو كان قصيرا . فإن تدوم الحيازة لحظة واحدة ويقال إن هذا هو مرور الزمن ، فتي إذن تقوم حيازة دون أن يصحبها مرور الزمن ! وأما المكان الذي اختاره التقنين المدني الفرنسي لتملك المنقول بالحيازة بين النصوص المتعلقة بالتقادم ، فلا يفيد حتما أن تملك المنقول بالحيازة يقوم على أساس التقادم . فقد يورد المشرع نصا يقوم على أساس معين ، ثم يورد إلى جانبه نصا يقوم على أساس مناقض للأساس الأول ، ويكون الجامع بين النصين جامع الضدية لا جامع التماثل . ومنذ كان المنقول ، في القانون الروماني وفي بعض عهود القانون الفرنسي القديم ، يملك بحيازة تدوم وقتا معينا ، كان تملكه يقوم على أساس التقادم حقا ، واستمر يقوم على أساس انتقادم حتى بعد إنقاص المدة شيئا فشيئا ما دامت هناك مدة ما . فلما ألغيت المدة بتاتا ، لم يعد يجوز القول إن تملك المنقول يقوم على أساس التقادم ، وإنما هو يقوم على أساس الحيازة وحدها مجردة من أية مدة للتقادم . وهذا ما قاله Bourjon نفسه ، وهو الفقيه الذي نقل عنه التقنين المدني الفرنسي نص المادة ١/٢٢٧٩ ، إذ يقرر في هذا الصدد : « إن التقادم ليس له أي اعتبار في شأن المنقول ، إذ أن الحيازة وحدها بالنسبة إلى هذا النوع من المال تنتج كل آثار سند التملك المتكامل ، (١) » .

٤٤٩ - نظرية الفريز الفانزونية غير القابلة للتطبيق :

وأبرز القائلين بهذه النظرية أو يرى ورو وبارتان (٢) ، فهم يقولون إن الحيازة بذاتها

(١) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرته ٣٨٦ .

(٢) وانظر أيضاً بلانيول الطبعة الثانية فقرة ١١٤٦ - جيوار ٢ فقرة ٨١٨ - فقرة

٨١٩ - هيك ١٨ فقرة ٥٥٥ .

تمنشىء على الفور لمصلحة حائز المنقول قريبة على ملكيته للمستول . وهى قريبة مطلقة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس ، ويستطيع الحائز بواسطتها أن يرد دعوى الاستحقاق التى ترفع عليه من المالك السابق للمنقول (١) . فالحيازة إذن ، فى هذه النظرية . لا تكسب بذاتها الملكية للحائز ، ولكنها يفترض أن الحائز يملك المنقول ملكية موجودة من قبل ، وليست الحيازة إلا قريبة على وجودها . وهذه القرينة لا يقبل من مدعى الاستحقاق دحضها بإثبات العكس وأنه هو لا الحائز الذى يملك المنقول (٢) . فيقف مدعى الاستحقاق أمام هذه القرينة القاطعة عاجزا لا يستطيع إثبات عكسها ، ومن ثم يخسر دعوى الاستحقاق ، ويحكم عليه برفضها ، ويتنص الحائز بالملكية .

وضعف هذه النظرية . فى رأينا ، أننا لو أخذنا بأن الحيازة فى المنقول قريبة قاطعة على ملكية الحائز ، فإن من المسلم به فى القرائن القاطعة أن من وجدت هذه القرينة القاطعة فى مصلحته له أن ينزل عنها بالإقرار أو بالنكول عن اليمين ، فكل القرائن القاطعة قابلة للنقض بالإقرار أو اليمين . ولم يقل أحد إن الحائز المنقول أن ينزل عما رتبته الحيازة فى مصلحته من كسب ملك المنقول ، بأن يقر أن مدعى الاستحقاق كان هو المالك الحقيقى وأنه إنما تلقى المنقول من غير المالك وهو يعتقد أنه المالك ، أو بأن ينكل عن اليمين التى توجه إليه فى هذا الشأن . فلكية الحائز للمنقول ملكية بآنة مستفزة ، لا تقبل النقص لا بالإقرار ولا باليمين . وهناك فرق بين القرينة القاطعة والقاعدة الموضوعية ، فالقرينة القاطعة هى قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية ، وإذا كانت لا تقبل إثبات العكس فانه يجوز دائما نقضها بالإقرار أو اليمين . أما القاعدة الموضوعية فلا يجوز نقضها حتى بالإقرار أو اليمين ، وهى إذا كانت تبني كالقرينة القانونية على الكثرة الغالبة من الأحوال ، إلا أن عامل الراجح الغالب الوقوع

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٤ - ص ١٤٧ وتعليق بارتان فى ص ١٤٦

هامش ٣ .

(٢) ومع ذلك فهناك أحكام قديمة لمحكمة الاستئناف المختلطة تنص بأن القرينة قابلة لإثبات

العكس بجميع طرق الإثبات ، حتى بالقرائن المضادة (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٦١ - ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٠ - ١٢ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص

(٤٩٢) .

فيها يحنى وراءها فتستغرقه ، ويكون منها بمثابة العلة من المعلول . فتنى تقررت القاعدة الموضوعية توارت العلة خلفها ولم يعد لها بعد ذلك مجال للظهور ، ومن ثم لا تجوز معارضة القاعدة الموضوعية بعلة فقد اختفت هذه العلة واستغرقتها القاعدة ، وهذا هو المعنى المقصود من أن القاعدة الموضوعية لا يجوز نقضها حتى بالإقرار أو اليمين (١) . وقاعدة تملك المنقول بالحيازة قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية قاطعة ، إذ هي كما قدمنا لا يمكن نقضها بالإقرار أو اليمين (٢) .

صحيح أن الحيازة في المنقول قد تقوم قرينة قانونية على ملكية الحائز ، ولكن ليس ذلك في الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية حين يتلقى الحائز المنقول من غير المالك ويرفع عليه المالك السابق دعوى الاستحقاق وهو الأمر الذى تبحثه هنا (٣) ، بل في الحيازة باعتبارها طريقا للإثبات حين يتلقى الحائز المنقول من المالك ويقع النزاع بينهما فيمن هو المالك . وعند ذلك تكون الحيازة قرينة قانونية ، ولكنها مع ذلك لا تكون قرينة قانونية قاطعة ، بل تقبل لإثبات

(١) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٣٧ .

(٢) وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد ، في الجزء الثانى من الوسيط عند الكلام في الإثبات ، ما يأتى : « فالحيازة في المنقول قاعدة موضوعية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . فقد رأى المشرع أن يحى حائز المنقول حسن النية بصلاح أقوى من صلاح القرينة القانونية ولو كانت قاطعة . ومن ثم أصبح من يجوز المنقول وهو حسن النية ، بفضل هذه القاعدة الموضوعية مالكا له . وأصبحت ملكيته ثابتة مستقرة ، لا يزعمها حتى الإقرار أو اليمين . أراد المشرع أن يستقر التعامل في المنقول ، وتلك اعتبارات عليا يستقل بتقديرها ، ويملك زمامها ، قيصر من القواعد ما يراه مناسباً لحماية الأوضاع القانونية المختلفة ، تارة يكتفى بقرينة قانونية غير قاطعة ، وطودا يجعل القرينة القانونية قاطعة ، وأخرى يرتفع من نطاق القرائن وقواعد الإثبات ، ويرى أن الحماية المناسبة هي قاعدة موضوعية لا تقبل النقض بحال من الأحوال . هذا هو التدرج في الحماية ، درجة فوق درجة ، يوتئها المشرع من يشاء كما يشاء ، وهو في كل ذلك يتوخى أن يكون لكل وضع قانونى الحماية التى تناسبه (الوسيط ٢ فقرة ٣٣٧ ص ٦٢٢ - ص ٦٢٣) .

(٣) وكيف يتأتى أن تكون الحيازة قرينة على الملكية في هذه الحالة ، مع أن الثابت أن الحائز قد تلقى المنقول من غير المالك ، وكيف تقوم الحيازة قرينة على أمر قد ثبت حكمه إذ لا يمكن أن يكون الحائز قد تلقى الملكية من غير المالك (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٨ ص ٣٨٨) .

العكس ، وللمالك أن يثبت مثلاً أن حيازة الحائز حيازة عرضية أو أن هذه الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة (١) .

٤٥٠ - نظرية أنه الحيازة ومعداتها هي التي تكسب حائز المنقول ملكيته

بحكم القانون : والنظرية الثالثة ، وهي النظرية الصحيحة في نظرنا ، تذهب إلى أن الحيازة في المنقول ليست تقادماً كما تقول النظرية الأولى إذ لا يشترط في الحيازة أن تدوم وقتاً ما ، وليست مجرد قرينة ولو قاطعة على سبق وجود الملكية عند الحائز كما تقول النظرية الثانية إذ لو كانت مجرد قرينة لأمكن نقضها بالإقرار أو اليمين . وإنما الحيازة في المنقول هي وحدها ، وبذاتها ، التي تكسب الحائز ملكية المنقول ، فالحيازة تكون على هذا الاعتبار سبباً من أسباب كسب الملكية . والقانون هو الذي جعلها كذلك ، فالحائز إذا تملك المنقول بالحيازة ، فأنما يكون ذلك بحكم القانون . ومن أجل ذلك يجعل القائلون بهذه النظرية تملك المنقول بالحيازة حالة من حالات التملك تحكم القانون *(un cas d'acquisition lege)* (٢) . وهي تشبه حالة التملك بالاستيلاء *(occupation)* ، في أن القانون في كل من الحالتين يجعل الحائز يملك فوراً بالحيازة . ولكنها تخالفها في أن تملك المنقول بالحيازة يفترض أن المنقول كان مملوكاً للمالك سابقاً ، ولذلك تشدد القانون فاشترط أن تكون الحيازة مقترنة بحسن نية (مصحوبة بالسبب الصحيح في قانون المصري) حتى تنتقل الملكية من المالك السابق إلى الحائز ، في حين أن التملك بالاستيلاء يفترض أن المنقول لم يكن قبل الاستيلاء مملوكاً لأحد فيملكه الحائز ابتداءً ، ولذلك لم يشترط القانون أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ولا مصحوبة بالسبب الصحيح (٣) .

(١) انظر في ذلك آتياً فقرة ٤٣٧ - وانظر في تفنيد نظرية أن الحيازة قرينة قاطعة على

الملكية بودري وتيسيه فقرة ٨٢٣ ص ٦٦٤ .

(٢) ولانرى فرقاً بين القول بأن الحيازة هي ذاتها سبب لكسب ملكية المنقول ، وانقول

بأن الحائز أصبح مالكا للمنقول بحكم القانون ، إذ القانون هو الذي جعل الحيازة سبباً لكسب ملكية المنقول ، كما جعل المقدم والمثل غير المشروع والإثراء بلا سبب مصادر للالتزام .

وفي رأينا أن الذين يقولون بأن الحائز أصبح مالكا للمنقول بحكم القانون ، إنما يفصلون القول بأن القانون جعل الحيازة سبباً لكسب ملكية المنقول (قانون مع ذلك مازو فقرة

١٠٤٠) .

(٣) بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٧ .

وهذه النظرية هي التي أخذ بها التقنين المدني المصري ، كما هو ظاهر من الترتيب الذي اتبعه . فقد عرض لأسباب كسب الملكية في فصل واحد ، فبدأ بالاستيلاء ، وأعقبه بالمراث والوصية والالتساق والعقد والشفعة ، وختم أسباب كسب الملكية بالحيازة . فجعلها سببا لكسب الملكية ، تارة مصحوبة بالتقادم كما في التقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير ، وطورا بذاتها غير مصحوبة بأي تقادم كما في تملك المنقول بالحيازة الذي نحن بصددده وتملك الثمار بالقبض - وعلى هذه النظرية أجمع الفقه في مصر (١) .

وهذه النظرية نفسها هي التي أخذ بها في فرنسا كثير من الفقهاء القدامى (٢) ثم أخذ بها الفقهاء المحدثون (٣) ، فاستقرت أخيرا في الفقه الفرنسي . ولا يلقي النقصاء الذين يأخذون بها بالا إلى المكان الذي وضع فيه التقنين المدني الفرنسي المادة ٢٢٧٩ بين النصوص المتعلقة بالتقادم ، إذ ليس مستغربا أن يضع المشرع بين نصوص التقادم قاعدة يستبعد فيها التقادم فالمناسبة واضحة . ويزداد وضوح المناسبة إذا أخذ في الاعتبار أن المنقول المسروق أو الضائع يمكن استرداده من الحائز حسن النية في مدة ثلاث سنوات ، فكان لا بد من ذكر القاعدة أولا ثم إيراد هذا الاستثناء عليها . هذا إلى أن هذه النظرية هي التي أخذ بها فقهاء القانون الفرنسي القديم ، ومنهم (Bourjon) ، وعندهم نقل التقنين المدني الفرنسي نص المادة ٢٢٧٩ ، فيكون قد نقل هذا النص بالأساس التاتوني الذي أقامه عليه هؤلاء الفقهاء . فالتقانون إذن هو الذي أكسب حائز المنقول الملكية بمجرد الحيازة ، بالرغم من أن هذا الحائز قد تعامل مع غير المالك (٤) ،

(١) أنظر شفيق شحاتة فقرة ٢٢١ - محمد عل عرفة ٢ فقرة ١٠٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٢ - ٥٨٧ - إسماعيل غانم ص ١٣٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٠ ص ٦٧٧ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٨٤ ص ٤٣٧ - حسن كيرة ص ١١٣ - وقارن محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٩٥ . (٢) أنظر كولييه دي سانتيير ٨ فقرة ٣٨٧ مكررة - لوران ٣٢ فقرة ٥٤٢ - هيرانتون ٢١ فقرة ٩٧ - ترولون فقرة ١٠٥٢ وما بعدها - بفتوار ص ٣٥٣ وما بعدها .

(٣) بودرى ونيسيه فقرة ٨٣١ و فقرة ٨٣٣ - بلانيول وريير وبيكار فقرة ٣٨٨ - كولان وكايتان ودي لامورالدير ١ فقرة ١٢١١ .

(٤) وعلى ذلك يصبح الحائز مالكا دون حاجة إلى التمسك بالقاعدة ، بل حتى لو رفض التمسك بها ، فنقض له المحكمة بالملكية من تلقاء نفسها . وهذا بخلاف التمسك بالتقادم ، حيث يجب التمسك بالتقادم ولا تنقض به المحكمة من تلقاء نفسها وتكون ملكية الحائز للمنقول ملكية غير قابلة للنقض ، حتى لو أصبح سوء النية بعد الحيازة ، كما سبق القول . وإذا أراد أن يرد المنقول إلى مالكة السابق ، فأنما يكون ذلك عن طريق الحبة ، أي بمقد جديد يعيد نقاء الملكية من الحائز إلى المالك السابق (أنظر مازو فقرة ١٥٣٨) .

وذلك رعاية لحسن النية وحماية لاستقرار التعامل في المنقول (١).

٤٥١ - الأثر المسقط : وكما أن لقاعدة تمتك المنقول بالحيازة أثر اكتساب

يتمثل في كسب الحائز للملكية المنقول أو للحق العيني على المنقول على الوجه الذي بسطناه ، كذلك لهذه القاعدة أثر مسقط يتمثل في إسقاط التكاليف والقيود العينية التي يكون المنقول مثقلاً بها فيتملك الحائز المنقول خالصاً من هذه التكاليف والقيود كما سبق القول (٢).

وعلى ذلك إذا وضع الحائز حسن النية يده على منقول بعد أن اشتراه من غير المالك ، وكان هذا المنقول مرهوناً رهن حيازة من المالك الحقيقي للمنقول وخرج من حيازة الدائن المرتهن لسبب ما ، واستولى عليه شخص غير المالك وباعه للحائز حسن النية على ما قدمنا ، فإن هذا الحائز لا يكسب بالحيازة ملكية المنقول فحسب ، بل أيضاً يكسب هذه الملكية خالصة من رهن الحيازة الذي ت مثقلة به . فيضيق في هذا الفرض على المالك الحقيقي ملكيته التي كسبها الحائز بالحيازة وهذا هو الأثر المكسب ، وفي الوقت ذاته يضيع على الدائن المرتهن رهنه الحيازي رهنه الذي سقط بالحيازة أيضاً وهذا هو الأثر المسقط (٣).

(١) أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٣٨١ - بلانيلو وبيير وبيكار ٢ فقرة ٣٨٨ ص ٣٨٨ -

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٦ وانظر الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدني آنفاً فقرة ٤٣٥ -

ونقول المذكرة الإيضاحية لشرع التمهيد في هذا الصدد : « وأخيراً لا تكسب المنقول فحسب ، بل هي أيضاً تزيل التكاليف والقيود العينية التي تنقل المنقول . فلو وضع الحائز يده على منقول وهو مرهون حيازة ، ملكه في الحال خالصاً من الرهن ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

(٣) وهنا قد ترتب الأثران المكسب والمسقط معاً . وقد يترتب الأثر المسقط وحده ، فيما إذا تلقى الحائز حسن النية المنقول المرهون من المالك على أنه خال من الرهن ، فيسقط الرهن بفضل الأثر المسقط . ويكون السبب الصحيح هنا تصرفاً صادراً من المالك لم يذكر فيه ما يشغل العين من رهن (إسماعيل غانم ص ١٣٨ - ص ١٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ ص ٤٤٦ - حسن كبيرة ص ١١٩ - ص ١٢١) - وإذا رهن المالك المنقول ثم اغتصبه أو اختلسه من الدائن المرتهن ، وباعه لمن حازه بحسن نية على أنه خال من الرهن ، فإن عمل المالك يتطوّل على ضرب من السرقة هو « سرقة الضمان » (vol de gage) . فيستطيع الدائن المرتهن أن يسترد المنقول باعتباره دائناً مرتهناً له رهن حيازة في ظرف ثلاث سنوات من وقت خروج المنقول من حيازته (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٤٧ - إسماعيل غانم ص ١٣٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٥٠ - وانظر عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٠ ص ٢١٩) .

كذلك إذا كان المنقول قد رتب عليه المالك حق انتفاع ، ثم استولى على المنقول شخص غير المالك وغير صاحب حق الانتفاع وباعه إلى حائز حسن النية ، فإن هذا الحائز يملك المنقول بالحيازة ، ويملكه خالصا من حق الانتفاع . فيضج على المالك ملكيته التي كسبها الحائز بالحيازة بفضل الأثر المكسب ، كما يضيغ على صاحب حق الانتفاع حقه الذي سقط بالحيازة أيضا بفضل الأثر المسقط .

وإذا كان المنقول عقارا بالتخصيص تابعا لعقار مرهون رهنا رسميا ، ونزعه غير المالك عن العقار وباعه لحائز حسن النية ، فإن هذا العقار بالتخصيص يصبح بعد نزعه من العقار منقولا ، ويكسب الحائز بالحيازة ملكيته خالصة من الرهن الرسمي الذي كان مترتبا عليه هو والعقار عند ما كان عقارا بالتخصيص .

وغنى عن البيان أن المفروض ، في كل الأحوال المتقدمة ، أن الحائز عندما حاز المنقول كان حسن النية بالنسبة إلى ملكية المنقول وبالنسبة إلى الحق العيني الذي كان يمثل المنقول . فيكون الحائز قد اشترى المنقول من شخص يعتقد أنه المالك وقت الحيازة ، وهذا هو معنى حسن النية بالنسبة إلى ملكية المنقول . ويكون الحائز في الوقت ذاته لا يعلم وقت الحيازة أن المنقول مثقل بحق رهن حيازة أو بحق انتفاع أو بحق رهن رسمي على أساس أنه كان عقار بالتخصيص ، وهذا هو معنى حسن النية بالنسبة إلى الحق العيني الذي يمثل المنقول .

وكذلك الحكم فيما إذا كان لشخص حق امتياز على منقول ، كحق امتياز للمؤجر أو حق امتياز صاحب الفندق ، ونقل المال من العين المؤجرة أو من الفندق على الرغم من معارضة المؤجر أو صاحب الفندق أو على غير علم منه . فإن المنقول المثقل بحق الامتياز إذا انتقل إلى حائز حسن النية ، كسب هذا الحائز ملكية المنقول خالصة من حق الامتياز (انظر المادة ١١٤٣/هـ ملقى والمادة ١١٤٤/٢ ملقى (١) .

(١) أنظر أيضاً ، فيما يتعلق بزوال حق الامتياز بفضل الأثر المسقط ٢ المادة ١١٢٣/

أو ٢ ملقى والمادة ١/١١٤٥ ملقى - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٨٧٩ .

أما إذا كان هناك منقول منع من التصرف فيه عقد أو وصية (م ٨٢٣ مدني) ، وباعه غير المالك الحائز حسن النية ، يجهل أن البائع غير مالك ويجهل أن المنقول مثقل بتكليف هو المنع من التصرف ، فإن البيع الصادر من غير المالك إلى الحائز يكون باطلا وفقا لأحكام المادة ٨٢٤ مدني . ولما كان البيع الباطل لا يصلح أن يكون سببا صحيحا في تملك المنقول بالحيازة . فإن الحائز بالرغم من حسن نيته ينقصه السبب الصحيح . ومن ثم لا يملك هذا المنقول بالحيازة ، لا خالصا من تكليف منع التصرف ولا مثقلا بهذا التكليف (١) .

٤٥٢ - الأساس القانوني الذي يقوم عليه الأثر المسقط : ويقوم الأثر المسقط على نفس الأساس القانوني الذي يقوم عليه الأثر المكسب . فنسقط التكاليف والقيود العينية بالحيازة وحدها . متى كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، وذلك بحكم القانون . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدني : كما رأينا (٢) على ذلك صراحة إذ تقول : « فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها » .

ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ذلك لأن لحيازة المنقول أثرين لا أثرا واحدا : أثرا مكسبا وأثرا مسقطا . فبمجرد

(١) والقائلون بأن البيع الوارد على خلاف الشرط المانع ليس بباطل يخصون من فك بأن البيع يصلح أن يكون سببا صحيحا ، ويسلمون الأثر المسقط لقاعدة الحيازة ، فتنتقل ملكية المنقول إلى الحائز خالصة من تكليف منع التصرف (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٧ وفقرة ٧٧ ص ٩٩ - إسماعيل غانم ص ١٣٩ - ص ١٤٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ ص ٤٤٧ - ص ٤٤٨ - حسن كيرة ص ١٢١) .

وانظر في أعمال الأثر المسقط قضية مانع المالك فيها منقولا وشرط الاحتفاظ بملكته حتى يوفى إليه ثمنه كاملا وأن له أن يسرده من تحت يد كائن من كان ، وذهب المشتري المنقول لزوجته فتسلكته بالحيازة وهي حسنة النية بالرغم من وجود هذا الشرط (نقض مدني ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام التقصير في ٢٥ عاما جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

توفرها ، تكسب الحائز الملكية . وتستقط التكاليف . ومتى تبين هذان الأثران التميزان . أصبحنا في غنى عن النظرية الفقهية التي تجعل الحيازة مكسبة للملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة . فان هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم ، وأصبح من الواضح أن الملكية هي هي لم تتغير ، وأنها انتقلت بحكم الحيازة ، وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا (١) . وتشير المذكرة الإيضاحية بهذا القول إلى نظرية فقهية تذهب إلى أن الحيازة سبب منشئ للملكية جديدة منبئة الصلة بالملكية القديمة التي كانت للمالك السابق (٢) . وقد سبق أن عارضنا هذه النظرية ، وقلنا في معارضتها ما يأتي : « كذلك التملك بالحيازة . . . يواجه مالكا سابقا ، فينقل ملكيته هي ذاتها إلى الحائز . ولا ينشئ ملكية جديدة . ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة ، وتأييد في انتقالها . فما دام الشيء مملوكا وكان باقيا لم يهلك ، فان الملكية باقية . وإذا ملك الشيء مالك جديد ، فانما يكون ذلك بانتقال الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد ، لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها . . فما دام الشيء باقيا فان الملكية تبقى دائما ، والذي يتبدل هو المالك لا الملكية . . . ويستخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة ، كالعقد والشفعة ، سببان ناقلان للملكية فيما بين الأحياء . كذلك الميراث والوصية سببان ناقلان للملكية ، ولكن بسبب الوفاة . وهذه الأسباب الناقلة للملكية جميعا ، سواء كان نقل الملكية فيما بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة ، بعضها ينقل الملكية مع استخلاف المالك الجديد للمالك القديم ، وبعضها ينقل الملكية دون استخلاف . فالأسباب التي تنقل الملكية مع الاستخلاف هي العقد والشفعة والميراث والوصية . أما الالتصاق والحيازة ، فانهما ينقلان الملكية دون استخلاف . فالذي يميز الالتصاق والحيازة عن غيرهما من الأسباب الناقلة للملكية ، ليس أنهما لا ينقلان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤ - وانظر في هذا المعنى جبال الدين زكي في رسالته في حسن النية في كسب الحقوق ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - محمد كامل مرسي : فقرة ٤٣٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢١ ص ٢٢٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٦ - عبد المنعم فرج العدة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ .
(٢) ومن أنصار هذه النظرية بلاثيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٨٢٢ وقرة ٢٨٢٤ - مازو فقرة ١٥٣٩ .

الملكية ، بل هما ينقلانها ، ولكن دون استخلاص . وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد ، فى الالتصاق والحيازة ، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته . فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق « (١) . ونرى من ذلك أن الحيازة لا تنشئ ملكية جديدة كما ذهب القائلون بالنظرية التى نعارضها ، بل هى تنقل نفس الملكية من المالك السابق إلى المالك الجديد . ولكن المالك الجديد فى الحيازة لا يخلف المالك السابق . ومن ثم تخلس له الملكية خالية من الأعباء والتكاليف السابقة لأنه ليس يخلف للمالك السابق . وهذا هو الذى يفسر ماورد فى المذكرة الإيضاحية مما ذكرناه سابقا من أنه « متى تبين هذان الأثران المتميزان الأثر المكسب والأثر المسقط ، أصبحنا فى غنى عن النظرية النتهية التى تجعل الحيازة مكسبة للملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة . فان هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم ، وأصبح من الواضح أن الملكية هى لم تتغير ، وأنها انتقلت بحكم الحيازة ، وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا » (٢) .

§ ٢ - النفوذات المبروفة أو الضائعة

٤٥٣ - نص قانونى : تنص المادة ٩٧٧ مدنى على ما يأتى :

١ - يجوز حالك استقول أو السند لحامله . إذا فقد أو سرق منه . أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢ فى الهامش .

(٢) لذلك لا يخلو من الغرابة أن يتقدم أحد الفقهاء هذه العبارات فيقول : « ومن المبرر علينا أن نفهم بالضبط الفكرة القانونية الكامنة وراء هذه العبارات المتناقضة ، إذ كيف يكون من الواضح أن الملكية التى انتقلت بحكم الحيازة هى لم تتغير . وهى مع ذلك انتقلت خالصة من التكاليف العينية . ثم كيف يسوغ القول إن الملكية انتقلت بالحيازة ، مع أن الفرض هو أن من تصرف فى المنقول لم يكن مالكا له حتى يستطيع أن ينقل ملكيته . ألرب من القواعد المنطقية المسلمة أن فاقده الشيء لا يملكه ؟ فكيف يستطيع فاقده الملكية أن ينقلها إلى غيره . ؟ » (محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٩ ص ٢١٥ - ص ٢١٦) . وقد سبق أن أوضحنا أن الذى ينقل الملكية ليس هو التصرف القانونى لأنه صادر من غير مالكة . بل هى الحيازة ذاتها ، وذلك بحكم القانون . ثم إن الحيازة تنقل نفس الملكية من المالك إلى الحائز ولكن دون استخلاص ، وهذا هو الذى يفسر أنها تنقل غير مقيدة بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق ، لأن الحائز ليس يخلف لهذا المالك .

٢٥ - فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يجعل له الثمن الذي دفعه ، (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادتين ٨٦-٨٧/١١٥-١١٦ (٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٢٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٤ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٤٢٨ و ١٤٢٩ من المشروع التمهيدى . وتطابق المادة ١٤٢٨ الفقرة الأولى من المادة ٩٧٧ مدني كما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . أما المادة ١٤٢٩ من المشروع التمهيدى فكانت تجري على الوجه الآتي : « ومع ذلك إذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، جاز له أن يطلب الثمن الذي دفعه من يسترد هذا الشيء ، وذلك في ميعاد الثلاث سنوات المنصوص عليها في المادة السابقة » . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، هي المادة ١٠٥٢ في المشروع النهائي ، بعد أن عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة على وجه جعلها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٤٩ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٢ - ص ٥١٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١١٥/٨٦ : يسقط حق الملك في الشيء المسروق أو الضائع بمضي ثلاث سنين . م ١١٦/٨٧ : كل من اشترى مسروقاً أو ضائعاً في السوق العام أو ممن يتجر في مثل ذلك انشؤ وهو يمتلك ملكية بانه له ، يكون له الحق في طلب الثمن الذي دفعه من مالك الشيء الطالب استرداده . (وأحكام التقنين المدني السابق تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٢٨ (مطابق) .
التقنين المدني الليبي م ٩٨١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٤ : استثناء من أحكام المادة السابقة ، يجوز لمالك المنقول ، إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو نصب أو خيانة أمانة ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح ، في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري من وجهين : (١) جعل التقنين العراقي خيانة الأمانة في حكم الضياع أو السرقة أو النصب . أما التقنين المصري فيجري القاعدة العامة في حالة خيانة الأمانة ، بل إن هذه القاعدة لا تجري عادة إلا في هذه الحالة . (٢) لم ينص التقنين العراقي على حق الحائز حسن النية ، الذي اشترى المنقول في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ، في استرداد الثمن من المالك مع حبس المنقول حتى يستوفى منه هذا الثمن ، وقد نص التقنين المصري على ذلك) .

وَيُخْلَصُ مِنْ هَذَا النَّصِّ أَنَّ مَالِكَ الْمَنْقُولِ ، إِذَا لَمْ يُخْرِجِ الْمَنْقُولَ مِنْ حِيَازَتِهِ بِإِرَادَتِهِ حَيْثُ تُطَبَّقُ الْقَاعِدَةُ الْعَامَّةُ فِي تَمَلُّكِ الْمَنْقُولِ بِالْحِيَازَةِ وَقَدْ سَبَقَ تَفْصِيلُهَا ، بَلْ خَرَجَ الْمَنْقُولُ مِنْ حِيَازَتِهِ بِغَيْرِ إِرَادَتِهِ بِأَنْ سَرَقَ مِنْهُ أَوْ ضَاعَ ، يَعَامَلُ مَعَامَلَةَ أَفْضَلِ لِأَنَّ الْمَنْقُولَ انْتَزَعَ مِنْ حِيَازَتِهِ بِالرَّغْمِ مِنْهُ . فَيَجُوزُ لَهُ ، أَوَّلًا ، أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَنْقُولَ الْمَسْرُوقَ أَوْ الضَّائِعَ مِمَّنْ سَرَقَهُ أَوْ مِمَّنْ عَثَرَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَرُدَّهُ . وَيَجُوزُ لَهُ ، ثَانِيًا ، أَنْ يَسْتَرِدَّ هَذَا الْمَنْقُولَ أَيْضًا مِمَّنْ انْتَقَلَ الْمَنْقُولُ إِلَى حِيَازَتِهِ إِذَا كَانَ هَذَا الْحَائِزُ سَيِّئَ النِّيَّةِ . وَيَجُوزُ لَهُ ، أَخِيرًا ، أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَنْقُولَ مِنْ حَائِزٍ حَسَنَ النِّيَّةِ وَلَكِنْ فِي خِلَالِ ثَلَاثِ سَنَوَاتٍ مِنْ وَقْتِ السَّرْقَةِ أَوْ الضَّيَاعِ . وَيَرْجِعُ الْحَائِزُ حَسَنَ النِّيَّةِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ، إِذَا رَدَّ الْمَنْقُولَ إِلَى مَالِكِهِ ، بِالضَّمَانِ عَلَى مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ . وَإِذَا كَانَ الْحَائِزُ حَسَنَ النِّيَّةِ قَدْ اشْتَرَى الْمَنْقُولَ فِي سُوقٍ عُمُومِيٍّ أَوْ فِي ظُرُوفٍ مُشَابِهَةٍ ، فَانَّهُ يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ رَدِّ الْمَنْقُولِ إِلَى مَالِكِهِ حَتَّى يَعْجَلَ لَهُ الْمَالِكُ الثَّمَنَ الَّذِي دَفَعَهُ . وَيَرْجِعُ الْمَالِكُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ الْأَخِيرَةِ عَلَى الْمَشْتَرِي بِالْثَمَنِ الَّذِي عَجَلَهُ لِلْحَائِزِ .

فهذه جملة من المسائل نعرض لها تباعاً على الوجه الآتي : (١) مَنْ لَهُ حَقُّ اسْتِرْدَادِ الْمَنْقُولِ الْمَسْرُوقِ أَوْ الضَّائِعِ . (٢) اسْتِرْدَادُ الْمَنْقُولِ الْمَسْرُوقِ أَوْ الضَّائِعِ مِمَّنْ سَرَقَهُ أَوْ مِمَّنْ عَثَرَ عَلَيْهِ . (٣) اسْتِرْدَادُ الْمَنْقُولِ الْمَسْرُوقِ أَوْ الضَّائِعِ مِمَّنْ تَلَقَّاهُ وَهُوَ سَيِّئُ النِّيَّةِ . (٤) اسْتِرْدَادُ الْمَنْقُولِ الْمَسْرُوقِ أَوْ الضَّائِعِ مِمَّنْ تَلَقَّاهُ وَهُوَ حَسَنُ النِّيَّةِ ، وَالْمُدَّةُ الَّتِي يَسْتَرِدُّ فِيهَا ، وَرَجُوعُ الْحَائِزِ حَسَنَ النِّيَّةِ بِالضَّمَانِ . (٥) مَتَى يَجُوزُ لِلْحَائِزِ حَسَنَ النِّيَّةِ أَنْ يَحْبَسَ الْمَنْقُولَ الْمَسْرُوقَ أَوْ الضَّائِعَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ مِنَ الْمَالِكِ الثَّمَنَ الَّذِي دَفَعَهُ . (٦) رَجُوعُ الْمَالِكِ بِالْثَمَنِ الَّذِي عَجَلَهُ لِلْحَائِزِ حَسَنَ النِّيَّةِ .

٤٥٤ - مَنْ لَهُ حَقُّ اسْتِرْدَادِ الْمَنْقُولِ الْمَسْرُوقِ أَوْ الضَّائِعِ : رَأَيْنَا (١)

أَنْ صَدَرَ الْفُقْرَةُ الْأُولَى مِنَ الْمَادَّةِ ٩٧٧ نَتَصَّ عَلَى أَنَّهُ « يَجُوزُ لِمَالِكِ الْمَنْقُولِ أَوْ السِّنْدِ الْحَامِلِ ، إِذَا فَقَدَهُ أَوْ سَرَقَ مِنْهُ ، أَنْ يَسْتَرِدَّهُ ... » . فَالْمَقْرُوضُ إِذَنْ أَنْ هُنَاكَ مَنْقُولًا أَوْ سِنْدًا الْحَامِلِ سَرَقَ مِنْ مَالِكِهِ أَوْ ضَاعَ مِنْهُ ، فَيَكُونُ لَهُ الْحَقُّ

في استرداده . وإذا اطلقنا فيها إلى كلمة « المنقول » ، فإنها تشمل أيضا السند الحامله (١) .

والمقصود بالسرقة هنا أن تكون سرقة بالمعنى المحدد لما في القانون الجنائي ، فلا تدخل خيانة الأمانة ولا النصب (٢) . فمن أودع منقولا له شخصا ائتمنه عليه . وباع المودع عنده هذا المنقول لحائز حسن النية فارتكب بذلك جريمة خيانة الأمانة ، ملك الحائز المنقول وفقا للقاعدة العامة في تملك المنقول بالحيازة . ولا يجوز للمالك استرداده منه ، كما كان يسترده لو أن المنقول قد سرق منه أو ضاع ، لأن خيانة الأمانة غير السرقة . بل إن خيانة الأمانة هي الحال المألوف لتطبيق القاعدة العامة في تملك المنقول بالحيازة (٣) . وكما لا تدخل خيانة الأمانة ضمن السرقة ، كذلك لا يدخل النصب كما قدمنا ، فلو نصب شخص على آخر ، وحصل منه على منقول بطريق الاحتيال ، ثم باع هذا المنقول لحائز حسن النية ، ملك الحائز المنقول ، ولا يجوز للمالك استرداده منه كما كان يسترده لو أن المنقول سرق أو ضاع (٤) . وفيما يتعلق بالسرقة ،

(١) فإذا كان المنقول أوراقا نقدية *billets de banque* أو نقودا معدنية *espèces* ، وجب أن تتمتع ذاتيتها على وجه لا يقبل الشك (نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٣ - بلانيول وريبير وسكو ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩٠ هامش د) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٠ - وانظر هامش ٩ في مفت الخلف في شأن النصب وتغليب الرأي القائل بأن النصب لا يأخذ حكم السرقة بل حكم خيانة الأمانة . وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٥ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩ - إسماعيل غانم ص ١٣٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٩ - حسن كبيرة ص ١٢٢ .

(٣) استئناف مخطط ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥ - ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦١ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١١ - ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣١ - ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٨٩٧ فقرة ٨٩٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٨٩ .

(٤) استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٣ - ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١٢ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥ - ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦١ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ - ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٩ - ص ١٥٠ هامش ٩٠٨ - بودري وتيسيه فقرة ٨٩٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ .

يعتبر المنقول مسروقاً حتى لو كان السارق غير معروف . وحتى لو كانت السرقة من السرقات التي يعفى القانون من ارتكبتها من العقوبة^(١)، فلو سرق أحد الزوجين من الزوج الآخر منقولاً، أو سرق المنقول الأصل من أحد فروع أو الفرع من أحد أصوله . فإن السارق يعفى من العقاب ، ولكن المنقول يبقى معتبراً أنه مسروق في حكم المادة ٩٧٧ مدني . وينبني على ذلك أنه لو باع السارق في هذه الأحوال المنقول لحائز حسن النية . جاز للمالك المنقول أن يسترده من الحائز ، ولا يصح الاعتراض على ذلك بأن السرقة لا عقاب عليها^(٢)

ويعتبر المنقول ضائعاً . ليس فحسب عندما يفقده صاحبه باحتمال مباشر أو غير مباشر ، بل أيضاً ومن باب أولى عندما يخرج من حيازة صاحبه بقرينة قاهرة . كأن يكتسحه فيضان أو يضيق في زحام أو عتب تفتيش أو عند جلاء اضطراري عن المكان الذي فيه المنقول^(٣) . وإذا أرسل المنقول إلى عنوان غير صحيح ففقد ، عد ضائعاً ، سواء كان ذلك خطأ المرسل أو بخلط أمين النقل^(٤) .

(١) أوبري درو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٠ - ص ١٥١ - بودري وتيسيه فقرة ٩٠٠ بـ نيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ - ولكن إذا صدر حكم ببراءة المتهم من السرقة ، فإن المنقول لا يعتبر مسروقاً (باريس ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ جازيت دي باليه ١٩٢٣ - ١ - ٦٨٥ - بلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ هامش ٢ - محمد كامل مرمي ٤ فقرة ٤٤٦ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٠ ص ٢١٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٩ ص ٥٩٧ - إسماعيل غنم ص ١٣٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦ ص ١٩٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٨ - ص ٤٤٩ - حسن كبيرة ص ١٢٢ .

(٢) وبالحق بحكم السرقة انتزاع المنقول بالقوة بواسطة قوات مسلحة غير شرعية تابعة للحكومة لم يتم الاعتراف بها دبلوماسياً كحكومة شرعية (السنين ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ ص ١٥٥ - بلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠) .

(٣) أرو أثناء الحرب (نقض فرنسي ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٩ Bull. civil ١٩٤٩ - ٣٦٢ - مازو فقرة ١٥٥٢) - ولكن لا يعتبر شيئاً ضائعاً حيوان جامع ، ومن يكبح جماح حيوان لم تر عليه أحكام الأشياء الضائعة ، وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحمى . كذلك لا يعتبر حيواناً ضائعاً الدواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها ، فن يستولى عليها في فترة انطلاقتها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تدليسية ليستولى عليها بعد في حكم السارق (أنظر آنفاً فقرة ١٢ في آخرها في الهامش) .

(٤) أوبري درو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٩ - بودري وتيسيه فقرة ٨٩٦ - وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٠ ص ٣٩٠ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٥ ص ٢٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦ ص ١٩٦ .

والذى يكون له الحق فى استرداد المنقول المسروق أو الضائع على الرجه المتقدم الذكر هو مالك هذا المنقول . وكذلك يسترده من كان له حق فيه ، كالحائز للمنقول حيازة مقرونة بنية التملك ، وصاحب حق الانتفاع فى المنقول ، والمرتهن للمنقول رهن حيازة . بل يستطيع أن يسترده الشخص الذى أودع عنده فالترزم بالمحافظة عليه (١) ، ويكون استرداد المنقول هنا مماثلاً لدعوى استرداد حيازة العقار عندما تعطى هذه الدعوى للحائز العرضى (٢) .

٤٥٥ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو من عثر عليه :

والأصل أن المسترد يسترد المنقول المسروق أو الضائع من أى شخص يكون هذا المنقول فى يده ، ولو كان هذا الشخص حائزاً عرضياً ، وعلى الحائز العرضى أن يدخل فى الخصومة من يحوز المنقول لحسابه (٣) . ولا يمنع استرداد المنقول من تحت يد الحائز ، أن يتخلل هذا غشا عن الحيازة لشخص آخر ، ليتوقى بذلك استرداد المنقول من تحت يده (٤) .

فإذا كان المنقول لا يزال باقياً فى يد من سرقه أو من عثر عليه ، جاز استرداده من أى منهما فى أى وقت ، ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم . ولا يمنع الاسترداد ، إلا إذا تمتك المنقول السارق أو من عثر عليه بالتقادم المكسب الطويل (٥) . فإذا بقى أى من

(١) ولا يطلب من المسترد أن يثبت ملكيته للمنقول المسروق أو الضائع ، بل يكون أن يثبت أنه كان حائزاً له وقت السرقة أو الضياع ، ويثبت فوق ذلك واقعة السرقة أو الضياع . ويحوز له أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات ، ويدخل الإثبات بالبينات أو القرائن ، لأنه إنما يثبت وقائع مادية (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٧) . والحكم الجنائى الصادر بالإدانة قد سرقة المنقول له قوة مطلقة ، ويكون دليلاً كافياً على واقعة السرقة (مازور فقرة ١٥٥٢) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ - نقض فرنسى ٢٨ مارس سنة ١٨٨٨ دالروز ٨٨ - ١ - ٢٥٣ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩١ - نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٤ سيريه ٢٥ - ١ - ٤٩ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩١ - نقض فرنسى ٧ فبراير ١٩١٠ دالروز ١٩١٠ - ١ - ٢٠١ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٥ ص ٧٠٤ - ص ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩١ .

هذين حائرا للمنقول بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة : وكانت الحيازة خالية من العيوب ، وبخاصة من عيب الخفاء وهو عيب كثيرا ما يشوب حيازة السارق لأن هذا يعتمد عادة إلى إخفاء الشيء ، فان المنقول يتم تملكه بالتقادم المكسب الطويل ولا يجوز استرداده بعد ذلك .

وفيما يتعلق بالشيء الضائع يجب أن تراعى أحكام الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ الخاص بالأشياء أو الحيوانات الضائعة . وقد عرضنا له عند الكلام فى اللقطة أو الأشياء الضائعة (١) . ويقضى هذا الأمر بأن من يعثر على شيء أو حيوان ضائع يجب أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدين وأمام العمدة فى القرى ، ويسلمه (٢) . فإذا احتفظ به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه ، فى خلال ثلاثة أيام فى المدين وثمانية أيام فى القرى . حرم من حقه فى العشر وقضى عليه بغرامة لا تزيد على مائة قرش . وهذا هو جزاء عدم التبليغ فقط . لكن إذا ثبت أن من عثر على الشيء الضائع قد احتفظ به بنية تملكه ، سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت العثور على الشيء أو وجدت بعد ذلك ، فانه يكون فى حكم السارق . ويستطيع المالك بدعوى الاستحقاق أن يسترد الشيء منه كما يسترده من السارق على ما قدمنا . ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع ، أو حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم (٣) . ولكن يستطيع من عثر على شيء .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢ .

(٢) فإذا لم يطالب به مالكه ، بيع الشيء فى خلال سنة من تسليمه أو الحيوان فى خلال عشرة أيام ، فى المزاد العلنى بواسطة الإدارة ، ويصح تقصير الميعاد الذى يتم بدء البيع إذا كان الشيء الضائع يخشى عليه من التلف . ويكون لمن عثر على الشيء الضائع عشر اثنى . وتحفظ الإدارة بباقي الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات ، فإذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه فانه يؤول إلى الدولة .

ويستطيع من رسا عليه مزاد المنقول الضائع ، إذا رفع عليه المالك دعوى الاستحقاق ، أن يرد هذه الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع . فإذا لم تنقض هذه المدة ، حق المالك أن يسترد المنقول الضائع بدعوى الاستحقاق ، على أن يرد لمن رسا عليه المزاد اثنى الذى دفعه هذا لأنه اشترى المنقول فى المزاد . ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقي الثمن الذى أودع لحسابه ، بعد استئزال العشر الذى دفع مكافأة لمن عثر على الشيء الضائع . أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ١٢ فى آخرها .

(٣) ولكن يبدو أن من عثر على الشيء الضائع لا يلتزم التزاماً شخصياً برد المنقول إلى صاحبه ، لأن واقعة العثور على المنقول الضائع لا ترتب التزاماً شخصياً فى ذمة من عثر

كما يستطيع السارق ، أن يملك المنقول الضائع بالتقادم المكسب الطويل إذا ظل حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها ، كما سبق القول .

٤٥٦ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو سىء النية :

فاذا تصرف في المنقول من سرقة أو عثر عليه ، وكان المتصرف إليه سىء النية ، أى يعلم أن المتصرف لا يملك المنقول . علم أو لو لم يعلم أن المنقول مسروق أو ضائع ، فإن المالك يستطيع أن يسترد المنقول بدعوى الاستحقاق من هذا الحائز سىء النية ، كما كان يسترده ممن سرق المنقول أو ممن عثر عليه فيما قدمنا . وعلى ذلك يستطيع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سىء النية ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم . ولا يمنع الاسترداد إلا أن يملك الحائز سىء النية المنقول المسروق أو الضائع بالتقادم المكسب الطويل ، بأن يبقى حائزاً له خمس عشرة سنة وتكون الحيازة مستوفية لشرائطها ^(١) .

وإذا لم يستطع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سىء النية بسبب أن هذا قد تملكه بالتقادم المكسب الطويل ، فإنه يستطيع أن يرجع بدعوى التعويض على من سرق المنقول أو على من عثر عليه إذا كانت هذه الدعوى لم تسقط بالتقادم ^(٢) .

= هذا المنقول يتسلمه إلا إلى الشرطة ، وجزاء هذا الالتزام الغرامة كما قدمنا . وهذا بخلاف السارق ، فإنه يلتزم التزاماً شخصياً برد المسروق إلى صاحبه ، وهذا إلى جانب دعوى الاستحقاق التى يستطيع بها المالك أن يسترد المسروق من تحت يده (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٢) . ويذهب رأى آخر إلى من عثر على شئ يلتزم التزاماً شخصياً برده إلى صاحبه ، حتى لو لم يحتفظ به بنية تملكه ، لأن واقعة العثور على الشئ ذاتها ترتب في ذمته هذا الالتزام (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٥ ص ٧٠٥ - ٧٠٦ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٤ ص ٢٢٨) . ونرى أن واقعة العثور في ذاتها على المنقول لا ترتب التزاماً شخصياً برده ، ولكن إذا احتفظ بالمنقول من عثر عليه بنية تملكه ، أى في حكم السارق وارثكب خطأ نحو المالك ، معروفاً كان المالك أو غير معروف ، واللتزم من عثر على المنقول ، كما يلتزم السارق . التزاماً شخصياً برد المنقول إلى صاحبه .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٨ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٤ .

٤٥٨ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلفاه وهو من

النية صفة الاسترداد - مجموع الحائز من النية بالنسبة : بقيت حالة ما إذا كان المنقول المسروق أو الضائع قد تلقاه حائز حسن النية ، وهي الحالة التي عرضت لها المادة ١/٩٧٧ مدني فيما رأينا (١) إذ تقول : « يجوز للمالك المنقول أو السند لحامله . إذا فقد أو سرق منه . أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية . وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » . وفي هذه الحالة وحدها نخرج عن حدود تطبيق القواعد العامة ولذلك وجب النص كما نرى . في حين أنه في الحالتين الأوليين : حالة استرداد المنقول ممن سرقه أو ممن عثر عليه وحالة استرداده من حائز سىء النية . لم نفعل إلا أن طبقنا القواعد العامة . وقد كانت القواعد العامة تقضي ، في الحالة الأخيرة التي نحن بصددتها وهي حالة استرداد المنقول من حائز حسن النية ، بأن المالك لا يجوز له الاسترداد أصلاً ، لأن المنقول في يد حائز حسن النية فتملكه بالحيازة . ولكن القانون هنا وازن بين مصلحة المالك ومصلحة الحائز حسن النية : فوجد المصلحة الأولى في حاجة إلى شيء من الرعاية . فالمالك : عندما يخرج المنقول من يده باختياره إلى شخص يخون الأمانة فيبيع المنقول حائز حسن النية . يكون قد أخطأ في أنه أخرج المنقول من يده باختياره واضعاً ثقته في شخص خان هذه الثقة ، ومن ثم لا نحمل الحائز حسن النية خطأ المالك ، ونجعل هذا الحائز يملك المنقول بالحيازة ، ونمنع المالك من استرداد المنقول . أما إذا أخرج المنقول من يد المالك على غير إرادته ، بأن سرق منه أو ضاع . فإن المالك لا يكون قد أخطأ ، ولذلك يراعى القانون مصلحته إلى حد معين . فيجيز له أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز حسن النية (٢) . وبذلك يضحى مصلحة هذا

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

(٢) وفي العمل لا يرفع المالك دعوى استحقاق على الحائز ، لأن بدء الإجراءات في هذه الدعوى تسمح للحائز بإخفاء المنقول . وإنما يلجأ المالك إلى الحجز التحفظي باعتباره مائناً للمنقول وهو في يد الغير ، وهذه حالة من الحالات التي يجوز فيها توقيع الحجز التحفظي . وإجراءات الحجز التحفظي سريعة ، وتتخذ عادة دون علم الحائز ، فإذا ما وقع الحجز على المنقول أصبح لا يمكن إخفاؤه ، وبعد ذلك ترفع دعوى تثبيت الحجز . وفي هذه الدعوى يثار النزاع من حيث الموضوع ، فتعمل في العمل على دعوى الاستحقاق . أنظر في ذلك كاربونييه ص ٢٦٥ - ص ٢٦٦ .

الأخير ويراعى مصلحة المالك . ولكن يضرب للاسترداد أجلا هو ثلاث سنوات لا يستطيع المالك بعد انقضائها أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز ، وبذلك يضحى مصلحة المالك ويراعى مصلحة الحائز حسن النية (١) . وفي هذا توازن عادل بين المصلحتين المتعارضتين ، مصلحة المالك ومصلحة الحائز حسن النية .

ويستوى أن يكون الحائز حسن النية قد تلقى المنقول مباشرة ممن سرقه أو ممن عثر عليه ، أو تلقاه من حائز أو حائزين متعاقبين تلقوه من أحد هذين . والمهم أن يكون هو حسن النية ، ولا يهم أن يكون الحائزون المتعاقبون الذين سبقوه حسنى النية أو سبىء النية (٢) . ويستوى كذلك أن يكون حائز الحساب نفسه أو حائزاً عرضياً لحساب غيره إذا كان هذا الغير حسن النية ، وفي هذه الحالة الأخيرة يدخل الحائز العرضى الحائز الأصيل خصماً في الدعوى (٣) .

والمدة التى يستطيع فيها المالك أن يسترد المنقول المسروق أو الضائع من الحائز حسن النية هى ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع (٤) . فائس من الضرورى إذن أن يستمر الحائز حسن النية على حيازته للمنقول المسروق أو الضائع مدة ثلاث سنوات ، إذ لسنأ هنا فى صدد تقادم مكسب مدته ثلاث سنوات . بل يكفى أن يكون قد انقضى على سرقة المنقول أو ضياعه ثلاث سنوات ليمتنع على المالك الاسترداد ، حتى لو كان الحائز حسن النية لم تستمر حيازته للمنقول غير سنة واحدة أو حتى غير يوم واحد (٥) . وكما

(١) نقض جنائ ١٨ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النفس الجنائ ١٢ رقم ٨٧ ص ٤٦٨ - استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١١٩ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٨ . ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ .

(٢) ولا يجوز رفع دعوى الاستحقاق إلا على الحائز ، أما من تلقى الحائز المنقول منهم فلا يكونون مسئولين إلا عن التمريض إن كان له محل (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٨) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٩ - نفس فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٤ ميريه ٧٥ - ١ - ٤٩ .

(٤) المادة ١/٩٧٧ من أنفاً فقرة ٤٥٣ - مدة ثلاث السنوات هذه هى المدة التقليدية التى كان مأخوذاً بها القانون الفرنسى القديم ، نقلاً عن القانون الرومانى (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٦ ص ٧٠٦) .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٠ ص ٧٠٩ - نقض فرنسى ٥ ديسمبر سنة ١٨٧٦ ميريه ٧٧ - ١ - ٢٠١ - وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى هذا الصدد : « فإذا ما

أن مدة الثلاث السنوات ليست مدة تقادم مكسب ، كذلك ليست هي مدة تقادم مسقط إذ أن دعوى الاستحقاق لا تنقُط بالتقادم ، بل هي ميعاد مسقوط (délai de déchéance) . فهي مدة قد حددها القانون للمالك المنقول المسروق أو الضائع ليرفع في خلالها دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية . وعلى ذلك تسرى هذه المدة على ناقصي الأهلية والمحجورين ، أو حتى لو كان المالك أو ورثته محجوراً عليهم لصغر السن أو لغير ذلك من أسباب الحجر ، وتسرى عليهم دون أن توقف أو تنقطع (١) . وتسرى من وقت السرقة أو الضياع حتى لو لم يعلم المالك بالسرقة أو الضياع ، وقد تكتمل المدة قبل أن يعلم ذلك فلا تقبل منه دعوى الاستحقاق بالرغم من عدم علمه . ويقع عبء إثبات أن المنقول مسروق أو ضائع على عاتق المالك الذي يطلب استرداد المنقول ، فإذا ادعى الحائز حسن النية أن مدة الثلاث السنوات قد انقضت من وقت سرقة أو الضياع فلا يجوز قبول دعوى الاستحقاق بعد انقضائها ، فعلى الحائز عبء إثبات ذلك ، ويثبت تبعاً لهذا تاريخ السرقة أو الضياع (٢) .

فإذا انقضت مدة الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن

= كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً فإن الحائز لا يملكه ، بل تبقى دعوى المالك في الاسترداد قائمة ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . وليس من الضروري أن تستمر حيرة المنقول المسروق أو الضائع طول هذه المدة ، فقد يفسح المنقول ولا يجوز له أحد مدة سنتين ، ثم يجده من يبيعه إلى حائز حسن النية ، فيبقى هذا حائزاً سنة واحدة حتى تكمل ثلاث السنوات التي تسقط بها دعوى الاسترداد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

(١) إوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٣ هامش ١ - مازو فقرة ١٥٥٣ ص ١٢٤٣ - كاربوليه ص ٢٥٧ - كولان وكايتان ودی لاهوراندوير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٠ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢١ ص ٢٢٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٩ ص ٥٩٧ - إسماعيل غانم ص ١٢٨ - عبد المنعم فرج العدة فقرة ٤٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٩ - حسن كيرة ص ١٢٢ - وانظر عكس ذلك وأن مدة الثلاث السنوات هي مدة تقادم مسقط واكتبا تسرى ضد المحجورين ولا توقف ولا تنقطع بودري ونيسيه فقرة ٨٩١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤٠ .

(٢) بودري ونيسيه فقرة ٨٩٠ ص ٧٠٩ هامش ١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤١ - أنظر عكس ذلك وأن المالك يحبل عبء إثبات السرقة أو الضياع وعبء إثبات عدم انقضاء مدة الثلاث السنوات في الوقت ذاته محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢١ ص ٢٢١ .

يرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية ، فقد أصبحت دعوى الاستحقاق غير مقبولة بعد انقضاء هذه المدة . وعلى ذلك يعود الحائز حسن النية إلى الانتفاع بقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، فيتملك المنقول المسروق أو الضائع على وجه بات دون أن يكون معرضا لدعوى الاستحقاق (١) . وليس للمالك بعد ذلك أن يرجع بشيء على الحائز حسن النية ، وله أن يرجع بدعوى المسؤولية على من تتحقق مسؤوليته . فيرجع على السارق أو على من عثر على الشيء الضائع ولم يردده وعلى كل حائز سىء النية تلقى المنقول من أحد هذين ، وذلك كله إذا كانت دعوى المسؤولية لم تستطع بالتقادم .

أما إذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية في خلال مدة الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع ، فإنه يسرد من هذا الحائز المنقول المسروق أو الضائع (٢) . ولا يستطيع هذا الأخير أن يحتج على المالك بأنه تملك المنقول بالحيازة ، مادام المنقول مسروقا أو ضائعا وما دامت دعوى الاستحقاق قد رفعت على الحائز في خلال الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع . وكل ما يستطيعه الحائز حسن النية في هذه الحالة . بعد أن يرد المنقول إلى المالك ، هو أن يرجع بدعوى الضمان على من تلقى منه المنقول المسروق أو الضائع (٣) . وتسرى تقواعد المقررة في دعوى الضمان ، ويرجع الحائز حسن النية على من تلقى منه المنقول . سواء كان هذا الأخير سىء النية

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٠ - مازو فقرة ١٥٥٣ ص ١٢٤٣ - كاربونييه ص ٢٥٧ .

(٢) فإذا كان الحائز قد استهلك المنقول دون خطأ من جانبه ، فإنه لا يكون مسئولاً عن قيمته ولا عن دفع أى تمويض (بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٥) . وهناك رأى يذهب إلى أن الحائز يكون مسئولاً طبقاً لمبدأ الإثراء بلا سبب فقد اغتنى على حساب المالك (لوران ٣٢ فقرة ٥٨٥) . ولكن القانون لم يخول المالك إلا دعوى الاستحقاق . ولم يرتب في ذمة الحائز أى التزام شخصي ، وما دامت دعوى الاستحقاق قد أصبحت مستحقة باستهلاك المنقول ، ومادام لا يوجد أى خطأ في جانب الحائز ، فليس للمالك أن يرجع عليه بشيء (بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٥) .

(٣) أنظر المادة ٢/٢٢٧٩ مدني فرنسي - ويحرم الحائز من الرجوع على بانيه بدعوى الضمان ، إذا تسبب بأعماله في أن يفوت الفرصة على هذا البائع في أن يرجع بدوره على من يكون مسئولاً قبله (بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٣٩٦) .

أو حسن النية ، فإذا كان سىء النية كانت مسئوليته أشد . على أن للحائز حسن النية : قبل أن يرد المنقول المسروق أو الضائع إلى المالك ، أن يحبس هذا المنقول حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه ، وذلك فى حالة استثنائية تنצל الآن إليها .

٤٥٨- متى يجوز للحائز حسن النية أن يحبس المنقول المسروق أو الضائع

متى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ مدنى ، كما رأينا (١) . على ما يأتى : « فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترده هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه » . ويخلص من هذا النص أن الحائز حسن النية إذا وجد فى مركز خاص يجعله جديراً بالرعاية ، بأن يكون حسن نيته مدعوماً بملاسات خارجية تجعله مطمئن إلى أنه اشترى المنقول فى ظروف مألوفة نحمل على الاعتقاد بسلامة التعامل ، فإن القانون يوليه حماية فعالة ، حتى ضد مالك المنقول المسروق أو الضائع . فيجعل له الحق فى أن يحبس المنقول . بعد أن يقضى نصائح المالك فى دعوى الاستحقاق باسترداده . فلا يسلمه الحائز للمالك إلا بعد أن يستوفى منه الثمن الذى دفعه فى شراء هذا المنقول (٢) . وبذلك يستوفى حقه قبل أن يسلم المنقول ، وعلى المالك الذى وفى الثمن للحائز أن يرجع به على المشتري (٣) . والظروف الخارجية التى تبرر معاملة الحائز حسن النية هذه المعاملة الخاصة قد ذكرها القانون على سبيل الحصر ، وهى أن يكون الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق أو فى مزاد

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٣ ص ٧١٦ .

(٣) وهذه قاعدة تقليدية ترجع فى أصلها إلى القانون الفرنسى القديم (بلائيول وريبير بيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٣ وهنرى ٣) . أما مصلحة المالك فى أن يجعل الثمن للحائز قبل أن يسرد المنقول ، فقد تكون رغبته فى استرداد منقوله بالذات ولو يدفع ثمنه ، وقد يكون الثمن الذى يجعله للحائز أقل بكثير من قيمة المنقول كما يحدث فى كثير من الأحيان عندما يبيع السارق المسروق ، هذا إلى أن للمالك حق الرجوع على السارق أو على من عثر على المنقول أو على حائز سىء النية تلقى المنقول من أيهما بالثمن الذى عجله وبالتمريض (كاربونيه ص ٢٥٧) .

على أو اشتراء ممن يتجر في مثله . فهذه الظروف قد حلت المشرع على أن يعبد النظر في الموازنة بين مصلحة الحائز حسن النية ومصلحة المالك . فيجعل مصلحة الحائز حسن النية . وقد اشترى المتقول في ظروف بعيدة عن أية شبهة أو ريبة ، هي المصلحة الراجحة . وذلك إمعاناً في حماية استقرار التعامل في المتقول (١) .

فيجب إذن أن يكون الحائز حسن النية قد اشترى المتقول المسروق أو البضائع في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله . ويعتبر بورصة الأوراق المالية سوقاً لشراء السندات لحاملها . وكذلك يعتبر سوقاً لشراء هذه السندات دكان الصراف (boutique d'un changeur) إذا باعها الصراف لحائز حسن النية ، ولكن الصراف نفسه إذا اشترى السندات لحاملها المسروقة أو الضائعة في دكانه لا يعتبر أنه اشتراها في سوق ، ويجوز للمالك استرداد هذه السندات منه في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو انضياع دون أن يكون ملزماً بتعجيل ثمنها له (٢) . ويستوى في المزاد العلني أن يكون مزاداً إجبارياً أو مزاداً اختيارياً (٣) . كما يستوى أن يكون مزاداً قضائياً أو مزاداً إدارياً . ولا يعتبر المصرف . إذا باع سندات لحاملها مسروقة أو ضائعة . ممن يتجر في مثل هذه الأشياء (٤) . إلا إذا كانت هذه السندات أذونات على الخزنة العامة (٥) .

(١) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٣ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٢ هامش ١٤ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥ - وقارن بودري وتيسيه فقرة ٩٠٥ - وكذلك الصراف بنك الرهونات ، فمن رهن متقولا مسروقاً أو ضائعاً في بنك الرهونات لا يكون قد رهنه في سوق ، ومن ثم لا يجوز لبنك تقاضي مبلغ المقرض من المالك المسترد (كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥) .

(٣) محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٢ .

(٤) ولكن سار البورصة يعتبر كذلك ، وقد قضى بأن من يشتري سندات مسروقة من سائر في البورصة له أن يطلب استرداداً الثمن الذي دفعه (استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٥ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جلايت ١٤ رقم ٢٢٦ ص ٢١٤) . والنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٣ .

(٥) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٤ - وإذا امتد الحائز حسن النية أنه اشترى المتقول ممن يتجر في مثله . ثم اتضح أن البائع ليس في الواقع من الأمر بمن -

فإذا كان الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع من سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله . كان للمالك مع ذلك أن يسترد المنقول بدعوى استحقاق يرفعها على الحائز في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع كما قدمنا . ولكنه لا يستطيع أن يجبر الحائز على تسليم المنقول إليه إلا إذا عجل له الثمن الذي دفعه . والمقصود بالثمن هنا هو المنفعة الذي دفعه الحائز لشراء المنقول . فيدخل الثمن الأصلي للمنتول والمصرفات التي أنفقها الحائز في شرائه . بل يدخل أيضا وفقا لنص المادة ١/٩٨٠ مدني المصرفات الضرورية التي أنفقها الحائز على المنقول . وتتمري في شأن المصرفات النافعة والمصرفات الكمالية أحكام المادة ٢/٩٨٠ و ٣ مدني . ولا يتقاضى الحائز فوائد على هذه المبالغ لأنه انتفع بالمنقول (١) . وواضح من عبارة « يعجل له الثمن الذي دفعه » . وهي العبارة الواردة في آخر المادة ٢/٩٧٧ مدني (٢) . أن الحائز لا يسلم المنقول للمالك إلا إذا استوفى منه الثمن على النحو المتقدم . أي أن له أن يحبس المنقول في يده حتى يستوفى الثمن (٣) . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في الحق في الحبس (٤) .

— يتجر في مثل المنقول المبيع ، فالعبرة بالواقع لا بما اعتقده الحائز . ومن ثم لا يعتبر أنه شتر منقول من يتجر في مثله بالرغم من أنه كان يمتعه ذلك . فيحوز لذلك أن يسترد منه المنقول في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن يكون ملزماً بتسجيل الثمن (أنظر هذا المعنى بودري وتبييه فقرة ٩٠٣ مكررة - أميان ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ٢ - ٤٦٨) . وقد قضى بأن الحائز الذي اشترى برايل من وكيل مصنع جعة لا يبيع إلا الجعة ولا يبيع هذا الصنف من البرايل ليس له أن يطالب برد الثمن الذي دفعه (استئناف مخطط ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣) .

(١) بودري وتبييه فقرة ٩٠٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

(٣) فإذا لم يحبس الحائز المنقول وسلمه للمالك . فإنه يفقد ضمان الحبس . ولكنه لا يفقد الحق في استيفاء الثمن من المالك (مازو فقرة ١٥٥٧) .

(٤) وغني عن البيان أنه إذا كان المنقول المسروق أو الضائع من الأموال العامة ، فإنه لا يقبل التملك بالخيارة . ومن ثم إذا اشترى حائز حسن نية هذا المنقول في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ، فإنه لا يملكه بالخيارة . وكذلك لا يستطيع أن يطالب بالثمن الذي دفعه (بودري وتبييه فقرة ٩١٠ - بلانيول وريبيج وبيكار ٣ فقرة ٣٦٢ ص ٣٩٤ - ص ٣٩٥) .

ويعامل الدائن المرتهن رهن حيازة لمنقول مسروق أو ضائع معاملة مالك المنقول في كل ما قدمناه . وقد نصت المادة ١١١٨ مدنى على أن ١ - الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول . ٢ - وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه فى الرهن ، ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشيء المرهون ... (١) . وعلى ذلك إذا رهن غير المالك المنقول للمرتهن رهن حيازة حسن النية يعتقد أن الراهن هو مالك المنقول ، فان للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن وأن يحتج به على مالك المنقول . فإذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا ، واسترده المالك فى خلال ثلاث سنوات من رمت السرقة أو الضياع ، فانه يسترده خاليا من حق الرهن بالرغم من أن الدائن المرتهن حسن النية . فإذا كان الدائن المرتهن قد ارتهن المنقول من شخص يتعامل فى مثل المنقول . فليس للمالك أن يسترد المنقول خاليا من الرهن إلا بعد أن يعجل للدائن المرتهن الدين الذى له المضمون بالرهن وما يتبع هذا الدين من مصروفات وفوائد ، بعد استئزال ما يقابل المدة الباقية لحلولى الدين من الفوائد بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى بحسب الأحوال (٢) .

(١) أنظر آتقاً فقرة ٤٤٢ - أنظر فى امتياز الموجر المادة ١١٤٣ و ٢ مدنى وتنص على ما يأتى : « ٢ - ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجبة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن الموجر كان يعلم وقت ونسبها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المروقة أو الضائعة . . . » - وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة الموجر أو على غير علم منه ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق المشددة ، يبق الامتياز قائماً على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع الموجر عليها حجباً استحقاقياً فى الميعاد القانونى . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد على أو ممن يتجر فى مثلها ، وجب على الموجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري » (أنظر فى معنى الفقرة الرابعة المادة ٢/٢٢٨٠ مدنى فرنسى التى أضيفت بقانون ١١ يولية سنة ١٨٩٢) - وانظر أيضاً نصوصاً مماثلاً فى امتياز صاحب الفندق المادة ٢/١١٤٤ مدنى مصرى .

(٢) محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٥٧ - وفارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٢ - أما فى فرنسا فلا يوجد نص مقابل للمادة ١١١٨ مدنى مصرى ، فعمد القضاء الفرنسى إلى تطبيق قاعدة تمتك المنقول بالحيازة على المرتهن رهن الحيازة ، ولكنه لا يطبق عليه المادة ٢٢٨٠ مدنى فرنسى المتعلقة بوجوب رد الثمن إذا كان الشراء فى سوق أو مزاد على أو ممن يتجر فى مثل .

٤٥٩ - رموع المالك بالتمن الزى عملاً للحائز حسن النية : وإذا عجل المالك للحائز حسن النية الثمن على النحو الذى قدمناه . فانه يرجع بما عجله على سارق المنقول أو على من عثر على المنقول . وذلك على سبيل التعويض عن الخطأ التقصيرى الذى ارتكبه هذان الأخيران . وليس له أن يرجع على من تلقى المنقول من سارقه أو ممن عثر عليه . أو من حائز مال له ، إلا إذا أثبت سوء نيته أو أثبت فى جانبه خطأ ، وذلك وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . فإذا باع سارق المنقول مثلاً المنقول لمشتري سىء النية ، ثم باع المشتري المنقول لحائز حسن النية فى سوق أو فى مزاد علنى أو كان المشتري يتجر فى مثل هذا المنقول . فان مالك المنقول يجب ، قبل أن يسترد المنقول ، أن يعجل الثمن للحائز حسن النية . ثم يرجع بما عجله على السارق ، وكذلك يجوز له أن يرجع به على المشتري الأول سىء النية الذى اشترى المنقول من السارق وباعه للحائز حسن النية وقبض منه الثمن ^(١) وهو لا يرجع على هذا المشتري الأول إلا على أساس الخطأ التقصيرى الذى ارتكبه بسوء نيته ^(٢) .

وقد يقع أن سارق المنقول مثلاً يبيعه لحائز حسن النية فى سوق أو مزاد علنى أو يكون السارق ممن يتجر فى مثل هذا المنقول . ثم يبيعه الحائز حسن

المنقول (نقض فرنسى ١١ ماي سنة ١٩٠٨ سيرة ٩٨ - ١ - ٢٠١٠) . وينتقد الفقه الفرنسى انقضاء لأنه وقت فى منتصف الطريق ، فلا هو انتعج عن تطبيق قاعدة حسن النية من حيث رهن حيابة ، ولا هو طبقها عليه تطبيقاً كاملاً (نظر بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٨ مكررة وتعليقه فى سيرة ٩٨ - ١ - ٤٨١ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٩٥ - وقرون مازو فقرة ١٥٥٦) .

(١) وهذا ما قصدت إليه المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى عندما ذكرت أن المالك يرجع على من قبض الثمن ، فهى تقول : «عل أن هذه الدعوى إذا رفعت فى الميعاد ضد حائز اشترى من سوق عمومية أو من مزاد علنى أو من شخص يتجر فى مثل هذا المنقول ، جاز للحائز ألا يرد الشيء حتى يسترد الثمن الذى دفعه . ويرجع المالك على من قبض هذا الثمن» (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤ - ص ٥١٥) .

(٢) فلا يرجع عليه . لاعل أساس أنه وفى عنه دينه للحائز حسن النية فعلى محله فيه لأن المشتري سىء النية لا يلتزم بنحو الحائز حسن النية برد الثمن . ولا عل أساس أنه يرجع عليه كما كان يرجع عليه الحائز حسن النية إلا إذا كان ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة (انظر بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٧ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٩٧ ص ٥٩٦ - مازو فقرة ١٥٥٨ - نقض فرنسى ١١ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ٣١ - ١ - ٣٢٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٦ جازيت دى بليه ١٩٥٧ - ١ - ١٧٠ - وانظر محمد عن عروة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٦ - عبد النعم فرج العدة فقرة ٤٦٣ ص ٧٠٠) .

النية للمشتري أن حسن النية أيضاً ولكنه لا يشتري في الظروف التي تسوغ أن يطلب تعجيل الثمن. ففي هذه الحالة يرفع المالك دعوى الاستحقاق على المشتري الثاني. فلا يكون لهذا الأخير أن يطلب تعجيل الثمن إذ ليس له حق في ذلك. ولكنه إذا أدخل المشتري الأول خصماً ضامناً في الدعوى. وجب على المالك أن يعجل الثمن لهذا المشتري الأول. ولا يعجل إلا الثمن الذي دفعه المشتري الأول للسارق إذا كان هذا الثمن أقل من الثمن الذي دفعه المشتري الثاني للمشتري الأول (١). ثم يرجع المالك على السارق بما عجله من الثمن (٢).

(١) بودري وتيبه فقرة ٩٠٨.

(٢) هذا وقد صدر في فرنسا قانون ١٥ يونيو سنة ١٨٧٢ المعدل بقانون ٨ فبراير سنة ١٩٠٢. يضع نظاماً خاصاً يحمي مالك السندات حاملها إذا فقدتها أو سرقته منه. فيستطيع تداول هذه السندات. ويستطيع المالك أن يستردّها حتى من الحائز حسن النية دون أن يعجل له الثمن. ويتسكن من قبض فوائد هذه السندات ومن قبض رأس المال. بل ومن الحصول على نسخة أخرى من السند بدلاً من السند الذي ضاع أو سرق. أنظر في هذا القانون بلانول وديير ويكار ٣ فقرة ٣٩٩ - فقرة ٤١١. ولا يوجد في مصر تشريع مقابل هذا التشريع، فتخضع السندات حاملها المروقة أو الضامنة للقواعد العامة التي سبق تفصيلها. لأحكام لأمر العالي الصادر في ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ والخاص بالأشياء والحيوانات الضائعة (أنظر آتفاً فقرة ٤٥٥). وانظر استئناف مختلف ١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٥ - ٢٩ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٧ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١١.

وقد صدر أمر عالي ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ١٩٠١ خاص بالبيوت المالية التي تقرض نقوداً على رهون (maisons de prêt sur gage) (المعدل بمرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨). وتنفي المادة الأولى منه بعدم جواز إنشاء بيت مالي لتسليف النقود على رهونات بغير إذن الحكومة، وتنظم المواد التالية كيف تصدر الرخصة لبيت التسليف وكيف يجري القرض وميماده وشروطه وفوائده وكيف يرد وما إلى ذلك. ثم تنص المادة ١٢ على أنه «إذا حصلت المطالبة ببرد الشيء المرهون بسبب السرقة أو بأي سبب آخر، وجب على المالك إجراؤه ما يأتي: أولاً - أن يثبت بالطرق القانونية حقه في الملكية. ثانياً - أن يدفع المبلغ المطلوب من رأس مال وفوائد. ما لم يكن مع المسلف وقت التسليف بأن الشيء المرهون لم يكن ملكاً للسلف أو أنه لا يمكن جائزاً للمسلف رهنه». وقد قضت محكمة النقض الجنائية بأن التصرف في الشيء المنقول برهنه رهن حيازة لا يجوز إلا من مالك هذا الشيء. فليس إذن للدائن المرتين المنقول أن يرهنه باسمه ضماناً لدين عليه. فإن فعل فلا يحجج بالاعتد على المالك الحقيقي. غير أنه إن كان هذا المرتين الأخير حسن النية وقت انعقد، أي معتقداً صحة ملكية من تعاقد معه، ففي هذه الحالة يكون على المالك الذي يطلب ببرد ماله أن يوفي هذا المرتين بكل المستحق له من الدين المفسوم بالرهن. وأما إذا كان سوء النية، فإن الرهن لا يكسبه من الحقوق قبل مالك الشيء المرهون أكثر مما لديه الذي تعاقد معه، فلا يلزم المالك إلا بأن يؤدي له قيمة الدين المطلوب منه لدائنه هو والذي

المطلب الثالث

كسب ملكية الثمار

٤٦٠ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٧٨ مدني على ما يأتي :

- ١ - يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية .
٢ - والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما
الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً .

وتنص المادة ٩٧٩ مدني على ما يأتي :

« يكون الحائز سبب النية مشلولاً من وقت أن يصبح سبب النية عن جميع
الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها . غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في
إنتاج هذه الثمار » (١) .

• يحول المرتهن حبس المرهون حتى الوفاء . ولم يمين القانون طريقة لإثبات سوء نية المرتهن
المتعاقد مع غير مالك ، بل ترك ذلك لقواعد العامة التي تنبثق في هذه الحالة لإثبات بجميع طرق
الإثبات القانونية . تلك هي الأحكام التي تملب القواعد القانونية الدمة بشأن رهن المرتهن لدى
المرهون لديه ، والتي تضمنتها المادة ١٢ من لائحة البيوت المالية لتسليف على رهون (نقض
مدني ٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧١ ص ٩٠٥) . وأخيراً استشف عتبط
• يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٩٥ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٧٥ - فقرة ٤٧٧ وكتابه في
التأمينات العينية فقرة ٣٥٩ - وهذا وهناك مشروع بقانون قدم إلى مجلس الأمة بالذات بيوت
التسليف على رهونات وإحالة أعماها على بنوك الائتمان وتنظيم عملية تصفية بيوت التسليف الحالية
ولا يزال هذا المشروع منظوراً أمام مجلس الأمة .

(١) تاريخ النصوص : م ٩٧٨ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٠ من المشروع

التهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن صدر الفقرة الثانية في المشروع
التهدي كانت تجري على الوجه الآتي : « وتعتبر الثمار ، طبيعية كانت أو استحدثتها يد الإنسان
مقبوضة من يوم فصلها ... » . ووافقت لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٠٥٣ في المشروع النهائي ،
على النص ، بعد تعديل صدر الفقرة الثانية على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد .
ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٥٠ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٨
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٦ - ص ٥١٧) .

م ٩٧٩ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣١ من المشروع التهدي على وجه مطابق لما استقر
عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٤ في المشروع النهائي .
ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٩ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٦ ص ٥١٧ - ص ٥١٨) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٠٧/١٤٦ (١) .
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
م ٩٢٩ - ٩٣٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٢ - ٩٨٣ - وفي التقنين
المدني العراقي م ١١٦٥ - ١١٦٦ (٢) .

ويخلص من هذه النصوص أن الحائز يملك الثمار بقبضها إذا كان حسن
النية . أما إذا كان سيء النية فإنه لا يملكها . بل يجب أن يردها للمالك بعد
أن يسترد منه ما أنفق في إنتاجها . وعلى ذلك نبهت الحالتين الآتيتين :
(١) تملك الحائز للثمار . (٢) عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردها للمالك .

(١) التقنين المدني السابق : م ٢٠٧/١٤٦ : فإذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه
له ، كان مسئولاً عن فقده ، وملزماً بفوائده وريبه . والتقنين المدني السابق يورد قاعدة تملك
الحائز للثمار : على أميتها ، بطريقة عرقية محضة . في مكان يصعب تصور وجودها فيه : وعن
طريق الاستنتاج العكسي . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا العدد : « وهذه
الأحكام الهامة التي يوردها المشروع في وضوح تام تراها في التقنين المدني (السابق) مخفية في
ثانياً النصوص ، تستخلص عن طريق الاستنتاج العكسي في موضع لا يتصور أن يكون من نطاق
وجودها . قلادة ٢٠٧/١٤٦ : وهي تستعرض الحكم فيما إذا أخذ شخص شيئاً ليس له وهو
يعلم ذلك ، تنص على أنه يكون « مسئولاً عن فقده وملزماً بفوائده وريبه » . وقد استخلص
من هذا النص أن الحائز إذا كان سيء النية يكون مسئولاً عن خونه والريب . أي
عن الثمار . فيستنتج من مفهوم المخالفة أنه إذا كان حسن النية لا يسأل عن الثمار . ويخص من كل ذلك أن
الحائز حسن النية يملك الثمار بقبضها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) . وقد
أقر القضاء هذا الحكم في عهد التقنين المدني السابق (استئناف وطني ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٠
الحقوق ١٥ ص ١٩٣ - ١٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢٠ رقم ٧٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨
الحاماة ٨ رقم ٧٧ : ص ٧٨٤ - استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ٢٥ ص ٢٣٠ -
١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٨٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٢٩-٩٣٠ (مطابق)

التقنين المدني الليبي م ٩٨٢-٩٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٥ : يملك الحائز

حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه
من المنافع مدة حيازته .

م ١١٦٦ : يكون الحائز

سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي بقبضها والتي قهرت قبضها ،
غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفق في إنتاج هذه الثمار .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

§ ١ - غمك الحائز للثمار

٤٦١ - المائل الى نبح : المفروض هنا أن الحائز لم يملك أصل العين لا بالتقادم ولا بالحيازة في المنقول ولا بأى سبب آخر من أسباب كسب الملكية . ويطلبه المالك برد العين التي يحوزها (١) . فتبحث أولاً الدعاوى التي يمكن أن يطلب بها المالك الحائز برد العين . وتبحث بعد ذلك . إذا مارد الحائز العين إلى المالك ، ماهى الشروط التي إذا هى توافرت تملك الحائز الثمار فلا يردها مع العين إلى المالك . ثم نبحث كيف يملك الحائز الثمار إذا توافرت شروط تملكها . ونبحث أخيراً الأساس القانونى لملك الحائز للثمار .

٦٢ - الرعاوى الى بحكمه أنه يطلب بها المالك الحائز برد العين :

الدعوى المألوفة التي يطلب بها المالك الحائز برد العين التي يحوزها هى دعوى الاستحقاق . والمفروض هنا أن الحائز قد استولى على عين غير مملوكة له بنية تملكها ، إما بأن يتلقاها من غير المالك أو بأن يستولى عليها دون سند . أى سواء كان حسن النية أو سىء النية . فان كانت العين منقولا وكان الحائز حسن النية ، فقد رأينا أنه يملك المنقول بمجرد الحيازة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فلا يكون هناك مجال للمالك لا لاسترداد العين ولا لاسترداد ثمارها (٢) . أما إذا كانت العين عقارا ، أو كانت منقولا ولكن الحائز كان سىء النية ، فان العين تبقى على ملكية مالكها ما لم يملكها الحائز بالتقادم القصير فى العقار أو بالتقادم الطويل فى كل من العقار والمنقول . فاذا لم يملكها الحائز بالتقادم ، فان المالك يستردها منه . وهنا تثار مسألة الثمار ، وهل يملكها الحائز أو لا يملكها .

(١) أما إذا كان الحائز قد تملك العين بالتقادم ، فان الأثر الرسمى للتقادم يجعله يملك الثمار من وقت بدء الحيازة ، إذ يصبح مالكا من هذا الوقت . ويستوى أن تكون الحيازة بحسن نية أو بسوء نية ، فانه يملك الثمار لا بالحيازة ، ولكن باعتباره مالكا لأصل العين بأثر رسمى منذ بدء الحيازة (مازو فقرة ١٥٦٦) .

(٢) على أن هناك حالات لا يملك فيها الحائز المنقول ، ومع ذلك يملك الثمار بالتقبض . من ذلك أن يكون الحائز الأصل سىء النية ويرثه شخص حسن النية ، ويقبض هذا الثمار وهو حسن النية فيملكها بالتقبض ، ولكنه لا يملك أصل العين بالحيازة لأن مورثه كان سىء النية . ومن ذلك أيضاً أن يكون الحائز حسن النية ولكن المنقول يكون مروقاً أو ضائعاً ، فيجوز للمالك أن يسترده فى خلال ثلاث سنوات من وقت المرقاة أو الضياع ، ولكنه لا يسترد ما قبضه الحائز وهو حسن النية من الثمار . انظر فى ذلك مازو فقرة ١٥٦٩ .

وليست دعوى الاستحقاق هي الدعوى الوحيدة التي تثار فيها مسألة الثمار ، وإن كانت هي الدعوى المألوفة كما قدمنا . فكثيرا ما تثار مسألة الثمار في الدعوى الشخصية باسترداد ما دفع دون حق ، وتنص المادة ١٨٥ مدني في هذا الصدد على أنه « ١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم . ٢ - أما إذا كان سىء النية ، فإنه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنبها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سىء النية . ٣ - وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق ببرد الفوائد والفوائد من يوم رفع الدعوى » .

كذلك تثار مسألة الثمار فيما إذا تلقى الحائز من المالك ملكية العين بعقد باطل أو قابل للإبطال أو قابل للنقض للغير أو قابل للنسخ أو معلق على شرط فاسخ . فإذا ما اتضح بطلان العقد . أو أبطل ، أو نقض للغير . أو فسخ ، أو تحقق الشرط الفسخ (١) . فإن العقد لا يكون له وجود بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن . ومن ثم يسترد المالك العين من الحائز ، وهنا تثار مسألة الثمار ، وهل يملكها الحائز من وقت أن حاز العين إلى وقت ردها إلى المالك أو لا يملكها (٢) .

ونرى من ذلك أن تملك الثمار يختلف عن تملك العقار بالتقادم القصير وتملك المنقول بالحيازة . ففي الحالتين الأخيرتين رأينا الحائز يتلقى العين من غير المالك ، وهو يعتقد بحسن نية أنه يتلقاها من المالك . أما في الحالة الأولى ، وهي حالة تملك الثمار ، فقد يتلقى الحائز العين من غير المالك ثم يستردها منه المالك مع

(١) انظر في تحقق الشرط الفاسخ بلانيول وريبير وبولانجي فقره ٢٧٩٨ - بودري وشوفو فقره ٣٠٣ (ويستند عدم جواز استرداد الثمار إلى أن قبضها يمد من أعمال الإدارة التي لا تتأثر بالأثر الرجعي للنسخ) . شفيق شحاته فقره ٨٥ ص ١١١ .

(٢) أنظر أوبري ورو ٢ فقره ٢٠٦ ص ٣٧٦ - بودري وشوفو فقره ٢٩٨ - فقره ٣٠٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقره ١٨١ . مارتى وريينو فقره ٤٤ ص ٥٣ - ص ٥٤ - وقد يرد نص خاص في حالات معينة ، فتسري الأحكام التي وردت في هذا النص (انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقره ١٨٣ . وبوردون السوس من الآتي في اللانين المدون الفرنسي : المواد ٨٥٦ و ٩٢٨ و ٩٥٨ و ٩٦٢ و ١٩٨٢ من هذا التقنين) .

الثمار أو بغيرها ، أو يتلقاها من المائت نفسه بعقد معيب يزول بأثر رجعي فيسترد المالك العين مع الثمار أيضا أو بغيرها .

٤٦٣ - الشروط الواجب توافرها حتى يملك الخبز الثمار فهو يرد لها

مع العين إلى المالك : المفروض أن الحائز قد حاز العين بنية تملكها فتوافر في الحيازة عنصرها المادى والمعنوى ، وأن الحيازة خالية من العيوب ، وقد تقدم الكلام في ذلك . وحتى يتملك الحائز بتملكه الثمار بقبضها ، فلا يرد لها إلى المالك ، في دعوى من الدعاوى التى يطالب فيها المالك الحائز برد العين والتي تقدم ذكرها ، يجب أن يكون الحائز حسن النية ، ولكن ليس من الواجب أن يكون لديه سبب صحيح . وقد رأينا (١) الفقرة الأولى من المادة ٩٧٨ مدنى تقول : « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية » . ولم يذكر النص السبب الصحيح شرطا لتمكن الثمار ، كما ذكره في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (٢) ، وكما ذكره في تملك المنقول بالحيازة (٣) .

ونلاحظ منذ الآن تدرج التقنين المدنى المصرى في اشتراط السبب الصحيح . فهو يتطلبه شرطا مستقلا عن حسن النية ، ويلقى عبء إثباته على الحائز ، في التقادم المكسب القصير . ويتطلبه كذلك شرطا مستقلا عن حسن النية ، ولكن يفترضه ويلقى عبء إثبات العكس على المالك ، في تملك المنقول بالحيازة . ولا يتطلبه أصلا ، ويكتفى بشرط حسن النية ، في تملك الثمار .

ونتكلم الآن في اشتراط حسن النية ، ثم نتكلم في عدم اشتراط السبب الصحيح .

٤٦٤ - اشتراط حسن النية : حسن النية هنا يختلف معناه عن المعنى

الذى ذكرناه في التقادم المكسب القصير وفي تملك المنقول بالحيازة . ففي هاتين الحالتين الأخيرتين ذكرنا أن حسن النية هو جهل الحائز بأنه تعامل مع غير المالك ، أما علمه بالعيوب الأخرى التى تشوب السند الذى تلقى به العين من غير المالك فلا يؤثر في حسن نيته . فقد يكون عالما بأن هذا السند قابل

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٢) م ٩٦٩ مدنى آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٣) م ٩٧٦ مدنى آنفاً فقرة ٤٣٥ .

للإبطال أو قابل للنقض ، ومع ذلك يبقى حسن النية ما دام يعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك لها . أما هنا ، في تملك الثمار ، فحسن النية معناه جهل الحائز بعيوب سنده جميعا ، أيما كانت هذه العيوب . فقد يكون تعامل مع غير المالك ، فإذا جهل ذلك واعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك ، فهو حسن النية (١) ، وإذا لم يكن السند تشوبه عيوب أخرى . فإن كانت عيوب أخرى تشوبه ، وجب أن يكون جاهلا لهذه العيوب أيضا حتى يكون حسن النية . وإذا كان قد تعامل مع المالك ، وكان سنده مشوبا بعيب ، كأن كان باطلا أو قابلا للإبطال أو قابلا للنقض ، وجب أن يكون جاهلا بالعيب حتى يكون حسن النية . فحسن النية في تملك الثمار معناه إذن أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التي أنتجت هذه الثمار ملكا صحيحا لا تشوبه شائبة ، وأن ملكية العين قد انتقلت إليه من مالكتها انتقالا صحيحا باتا ، فأصبح هو المالك للعين ، وتبعاً لذلك أصبح مالكا للثمار (٢) .

ولا أهمية للسبب الذي يعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت إليه بموجبه . فقد يكون هذا السبب تصرفا ناقلا للملكية ، كبيع أو وصية ، صادرا من غير مالك أو صادرا من المالك . وقد يكون السبب واقعة مادية كالميراث ، سواء كان الحائز وارثا فعلا (٣) أو غير وارث ما دام يعتقد أنه وارث . بل قد يكون السبب هو الاستيلاء ، وهو سبب يكسب الملكية ابتداء ولا ينقلها . فإذا استولى شخص على مال اعتقد أنه مباح لا مالك له وأنه قد تملكه بالاستيلاء ،

(١) ولا يعتبر الحائز سوء النية حتماً لمجرد أن من تعامل معه قد اشترط عليه عدم ضمان الاستحقاق ، لقد يكون حسن النية بالرغم من وجود هذا الشرط (ديمر لوسب ٩ فقرة ٦٠٣ - بودرى وشوفو فقرة ٣٠٥ ص ٢١٧) . ومن وضع يده على عقار بموجب حكم صدر لصالحه يمكن أن يعتبر وضع يده بنية حسنة حتى في حالة معارضة واضح اليد المنتزع منه العقار في تسليمه عند التنفيذ (استئناف وطني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧١ ص ١٦٥) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٨ - مازو فقرة ١٥٧٠ - نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٤ سيريه ٦٥ - ١ - ١٨ - ولا يتقضى حسن النية أن يعلم الحائز أن السند الذي يملكه بموجبه العين في حاجة إلى تصديق المحكمة لأنه صادر من وصي على القاصر ، إذا اعتقد أن هذا التصديق سيصدر حتماً من المحكمة لأن العقد في مصلحة القاصر (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ وهامش ١٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٦ ص ١٨٦) .

(٣) ولكن عليه أن يرد الثمار التي قبضها مورثه قبله إذا كان المورث سوء النية ، هل أن يكون ذلك في حدود نصيب الوارث في التركة (شفيق شحاته فقرة ٨٧) . وسيأتى بيان ذلك .

ثم تبين أن المال له مالك ، واسترده المالك من الحائز : جاز لهذا الأخير أن يتمسك بحسن نيته لتملك الثمار . فالمهم إذن كما قدمنا أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التي أنتجت الثمار بأي سبب من أسباب كسب الملكية . وأن يعتقد أن هذه الملكية لا شائبة فيها . حتى يكون حسن النية فيتملك الثمار بالقبض .

ولما كان المفروض أن الحائز لم يملك العين التي أنتجت الثمار : فلا بد أن يكون قد وقع في غلط وهو يعتقد أنه ملكها . ولا بد أن يكون هذا الغلط مغتفرا (excusable) ، فالغلط غير المغتفر (inexcusable) ينفي حسن النية . ويستوى أن يكون الغلط غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون (١) . مالم يكن الغلط في القانون متعلقاً بمسألة تعتبر من النظام العام . فعند ذلك يكون الغلط غلطاً غير مغتفر وينفي حسن النية (٢) .

وينب أن يتوافر حسن النية على الوجه الذي بيناه في الوقت الذي يقبض فيه الحائز الثمار ، فإذا تولى قبضه للثمار وجب أن يكون حسن النية في كل مرة يقبض الثمار فيها (٣) . وعلى ذلك إذا تلقى الحائز العين من مورثه . وكان المورث سيء النية والوارث حسن النية ، لم يؤثر سوء نية المورث في حسن نية الوارث . ويتملك الوارث الثمار التي يقبضها بعد موت المورث ، ما دام حسن النية وقت قبضها (٤) . أما الثمار التي قبضها المورث وهو سيء النية . فهذه

(١) بودرى وشوفرفقرة ٢١٠ ص ٢١٩ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٧٨ - ص ٣٧٩ - بلا نيول وريير وبيكار ٣ لقرة ١٧٦ ص ١٨٦ - اسماعيل غانم ص ١٤١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦١ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٦ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٠ - ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٢ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٩ - استئناف وطني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٤١ ص ١٦٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٧ ص ٧٩ - شفيق شحاته فقرة ٨٧ ص ١١٢ - محمد عل عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٤ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٨ ص ٣٧ - ص ٣٨ .

فإذا قبض الحائز الثمار مرة وهو حسن النية تملكها ، ولا يهم بعد ذلك أن يصبح سيء النية فسوء النية اللاحق لا يؤثر في تملكه الثمار التي قبضها وهو حسن النية ، وإنما يمنع من تملك الثمار التي قبضها بعد ذلك وهو سيء النية (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٣ - مارو فقرة ١٥٧٠ ص ١٢٥٥) .

(٤) محمد عل عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٤ .

يجب ردها للمالك . وإذا لم تكن قد ردت في حياة المورث كانت ديناً على التركة ، ولم تخلص التركة للوارث إلا بعد وفاء هذا الدين . وإذا فرضنا العكس وكان المورث حسن النية والوارث سيء النية ، فهنا أيضاً لا يؤثر حسن نية المورث في سوء نية الوارث . ويملك المورث الثمار التي يكون قد قبضها مادام أنه كان حسن النية وقت قبضها ، ولا يملك الوارث الثمار التي يقبضها إذا أنه سيء النية (١) .

والمفروض أن الحائز حسن النية حتى يثبت المالك سوء نيته ، إذ أن حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس (م ٣/٩٦٥ مدني) (٢) . فإذا كان السند الذي تلقى به الحائز العين يشوبه عيب ، لم يكلف الحائز إثبات أنه كان يجهل هذا العيب وقت قبض الثمار ، بل على المالك إذا أراد استرداد الثمار أن يثبت هو أن الحائز كان عالماً بالعيب وقت القبض . وإذا قضى للمالك بالثمار ، وجب أن يذكر الحكم صراحة أن الحائز كان سيء النية وقت قبضه إياها (٣) .

(٦) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨١ هامش ٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣

فقرة ١٧٦ ص ١٨٧ .

(٧) انظر عكس ذلك وأن على الحائز أن يثبت حسن نيته بودري وشوفو فقرة ٣١١ .

(٨) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ - نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٦٩

واللوز ٦٩ - ١ - ٢٥٤ - ويذهب رأي في الفقه الفرنسي (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦

ص ٣٨٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ - وانظر أيضاً في الفقه المصري

شفيق شحاته فقرة ٨٦) إلى أن حسن نية الحائز إذا كان يرجع إلى غلط في الواقع كان مفترضاً

وكلف المالك إثبات سوء نية الحائز ، أما إذا كان حسن النية يرجع إلى غلط في القانون فإن

حسن النية لا يفترض ويجب على الحائز أن يثبت هو أنه وقع في هذا الغلط - ولكن القضاء

الفرنسي لم يساير هذا الرأي ، وهو يفترض حسن نية الحائز سواء كان الغلط في الواقع أو كان

في القانون (نقض فرنسي ١١ يناير سنة ١٨٨٧ سيرييه ٨٧ - ١ - ٢٢٥) . ورأي القضاء

الفرنسي هو الذي نقض عنه (انظر محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٦) ، إذ لا محل للتمييز

في اقتراض حسن النية بين الغلط في الواقع والغلط في القانون ، وقد سبق أن استبعدنا هذا

التمييز في حسن النية في انتقادم المكسب التفسير (آنفاً فقرة ٤٣٤) ، كما استبعدناه في حسن النية

في تملك المنقول بالحيازة (آنفاً فقرة ٤٤٥ في آخرها) . على أن الأمر محدود الأهمية من الناحية

العملية ، فالذي يقع في العمل أن الحائز نفسه هو الذي يبادر إلى إثبات حسن نيته ، سواء كان

الغلط في الواقع أو في القانون ، ليثبت أن الغلط كان مفتعلاً ، وقاضي الموضوع هو الذي

يقدر في النهاية ما إذا كان الحائز حسن النية (انظر آنفاً فقرة ٤٣٤ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨) .

وإذا تقدم المالك لإثبات سوء نية الحائز ، جاز له أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات . لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن (١) . وقد يلجأ إلى إثبات أن الحائز لم يتخذ الاحتياطات الأولية للتثبت من أن ملكية العين قد انتقلت إليه ، ويتخذ من ذلك قرينة على أن الغلط الذى وقع فيه الحائز كان غلطاً غير مغتفر فيكون في حكم سوء النية (٢) .

٤٦٥- عدم اشتراط السبب الصحيح : رأينا أن التقنين المدنى المصرى (م ١/٩٧٨ مدنى) (٣) لم يشترط وجود السبب الصحيح إلى جانب حسن النية حتى يتسلك الحائز الثمار . وأن حسن النية وحده يكفى . وعندما حللنا شرط حسن النية (٤) . رأينا أن الحائز يستند عادة في حسن نيته إلى اعتقاده بوجود سبب قانونى كسب به ملكية العين التى انتجت الثمار ملكية خالصة من كل شائبة . ولكن ذلك ليس معناه أن هذا السبب القانونى يجب أن يكون تصرفاً ناقلاً للملكية كما هو الأمر في السبب الصحيح في كل من التقادم المكسب القصير وتملك المنقول بالحيازة ، إذ قد يكون واقعة مادية كالميراث ، أو يكون سبباً يكسب به الحائز الملكية ابتداء كالاستيلاء . كذلك ليس من الضروري أن يكون هذا السبب القانونى شرطاً مستقلاً عن شرط حسن النية ، كما يطلب ذلك في السبب الصحيح في التقادم المكسب القصير وفى تمتك المنقول بالحيازة . بل ليس من الضروري أن يكون هذا السبب القانونى عنصراً من عناصر حسن النية ، كما هو الأمر في السبب الصحيح الذى يشترطه التقنين المدنى الفرنسى في تمتك الحائز للثمار .

(١) وهى من مسائل الواقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان الحكم مبنياً على أسباب سائفة . وقد قضت محكمة النقض بأن إذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بنحج الوقف جيباً ، وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها فى شأن هذه الحجج ، وعلى وضع يد لها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفته ناظرة دون أن تستدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء ، فلا سبيل للجدل فى هذا التقدير لدى محكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ١١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٤٥ فى آخرها .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٦٤ .

ذلك بأن المادة ٥٥٠ مدنى فرنسى ، عندما تعرف حسن النية فى تملك الحائز للثمار ، تقول : « يكون الحائز حسن النية ، إذا حاز بنية التملك بموجب سند ناقل للملكية ، وكان يجهل عيوب هذا السند . وينتفى حسن نية الحائز بمجرد أن تصبح هذه العيوب معروفة له » . فيشترط التقنين المدنى الفرنسى إذن وجود السبب الصحيح فى تملك الحائز للثمار ، ويعرفه بأنه سند ناقل للملكية . ولكنه لا يعتبر السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية . بل يعتبره مندجاً فيه . وعنصراً جوهرياً من عناصره ، وعلى أساسه يقوم المبرر للقول بتوافر شرط حسن النية (١) . وعلى ذلك يجوز أن يكون السبب الصحيح تصرفاً باطلاً لا وجود له قانوناً ، أو تصرفاً ظنياً لا وجود له فعلاً (٢) . فإذا كان تصرفاً ظنياً لم يفترض وجوده ، بل يقع على الحائز عبء إثبات أنه كان عنده من الأسباب المعقولة ما يبرر اعتقاده بوجود هذا التصرف . فيكون هذا استثناء من افتراض حسن النية ، إذ يكون على الحائز إثبات حسن نيته بإثبات اعتقاده بوجود التصرف الظنى (٣) .

ومع أن السبب الصحيح الذى يشترطه القانون الفرنسى لتملك الحائز للثمار قد آل على هذا النحو إلى أن يندمج فى شرط حسن النية فلا يميز عنه بوجود مستقل ، إلا أنه لا زال شرطاً يستند إليه الحائز فى توافر حسن نيته ، بل يجب عليه اثباته إذا كان تصرفاً ظنياً كما قدمنا . فلا تزال هناك فروق بين القانون المصرى الذى لا يشترط السبب الصحيح أصلاً فى تملك الحائز للثمار ، وبين القانون الفرنسى الذى يشترط السبب الصحيح وإن كان قد أدمجه فى شرط

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٢ ص ١٨٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ هامش ١١ وهامش ١٥ - بودرى وشوفو فقرة ٣٠١

وفقرة ٣١٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٥ . فإذا وضع شخص يده على عقار بموجب وصية كان الموصى قد رجع عنها ، فهذا السبب الصحيح ظنى ، وهو يكفى لتملك الثمار ، ولكنه لا يكفى لتلك المقار نفسه بالتقادم القصير (نقص مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ منحق مجلة القانون والاقتصاد رقم ٦٦ ص ٢٤٨ - استئناف مخطط ١٦ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٢ - شفيق شحاته فقرة ٨٥ ص ١١١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٧٠) .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٢٨٠ - بودرى وشوفو فقرة ٣١٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ - شفيق شحاته فقرة ٨٦ ص ١١٢ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٨ ص ٣٧ .

حسن النية . ونذكر بوجه خاص من هذه الفروق فرقين : (١) لا يذال الحائز ، حتى يتملك الثمار في القانون الفرنسي . في حاجة إلى الاستناد إلى تصرف ناقل للملكية (titre translatif de propriété) حتى يوجد عنده السبب الصحيح الذي تشترطه صراحة المادة ٥٥٠ مدني فرنسي كما رأينا . أما في القانون المصري ، فقد رأينا أن الحائز ليس في حاجة إلى أن يستند إلى تصرف ناقل للملكية ، فأى سبب مكسب للملكية يكفي ، ومن ثم يكفي السبب المكسب للملكية ابتداء كالاستيلاء ، كما يكفي التصرف الكاشف عن الملكية كالتقسمة والصلح (١) . (٢) إذا استند الحائز في القانون الفرنسي إلى تصرف قانوني ظني ، وجب عليه إثباته كما قدمنا . أما في القانون المصري ، فترى أن الحائز لا يطلب منه لإثبات السبب الظني ، فإن حسن نيته مفترض ويتناول هذا الافتراض حسن النية حتى لو استند فيه الحائز إلى تصرف ظني (٢) .

٤٦٦ - كيف يتملك الحائز الثمار : إذا توافرت الحيازة وحسن النية على الوجه الذي قدمناه ، تملك الحائز الثمار . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٨ مدني ، كما رأينا (٣) ، على ما يأتي : « والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما ثمار المدينة فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً . وقد قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط (٤٠) أن الثمار هي كل ما ينتجه الشيء

(١) وينتقد الفقه الفرنسي اشتراط التقنين المدني الفرنسي أن يكون السند ذقلاً للملكية ، وكان ينبغي أن يكون السند الكاشف عن الملكية كالتقسمة زاصلاً كافياً (مازو فقرة ١٥٧٣) .
(٢) ويعتبر سبباً ظنياً ما يستند إليه الوارث الظاهر حسن النية ، فهو يعتقد أنه وارث وهذا سبب لا وجود له ، ومع ذلك يكسب الثمار لحسن نيته . وكذلك من يتلقى بالميراث الحيازة من مستأجر أو مودع عنده أو غيره من حيازته عرضية ، إذا اعتقد أن مورثه مات ، لا يستطيع كسب ملكية العين إلا إذا تميزت صفة حيازته . ولكنه يملك الثمار لحسن نيته (محمد علي عرفه فقرة ١٠٥ من ١٩٨) . ويعتبر سبباً ظنياً كذلك الاستحقاق في وقت بناء على تفسير خاطئ لشروط إنهاء الوقف ، وقد قضى بأنه إذا سلم شخص بحسن نية جزءاً من ريع وقف على اعتقاد أنه من المستحقين فيه ، ثم صدر بعد ذلك حكم شرعي فسر شروط الوقف بعكس ما كان يعتقد فاطر الوقف والمستحقون فيه ، كان المستحق الذي استبعده الحكم الشرعي المذكور مستولياً على الريع بحسن نية (نفق مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٦ ص ٧٩٣ - استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٩١ ص ٣٩٦) .
(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .
(٤) فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٦٤ .

من غلة دورية متجددة ، وتميز الثمار بأمرين : (١) أنها غلة دورية متجددة ،
 أى أنها تتجدد عادة فى أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع . (٢) أنها مع
 تفرعها عن الشئ لا تمس أصله ولا تنتقص منه ، بل يبقى الأصل على حاله
 دون نقصان . ويجب التفريق بين الثمار (fruits) والمنتجات (produits)
 فالمنتجات هى كل ما يخرج من الشئ من ثمرات غير متجددة ، وتميز بعكس
 ما تتميز به الثمار : (١) فهى غير دورية ولا متجددة ، بل تخرج من الشئ
 فى أوقات متقطعة غير منتظمة . (٢) وهى تمس أصل الشئ وتنتقص منه ،
 فالمعادن التى تخرج من المناجم والأحجار التى تخرج من المحاجر والأشجار التى
 تخرج من الغابات هى فى الأصل منتجات لا ثمار ، لأنها تنتقص من المناجم
 والمحاجر والغابات ، وتنتهى إلى أن تنفذ بعد وقت يطول أو يقصر . على أنه
 إذا أعد المنجم أو المحجر أو الغابة للاستغلال بحيث يمكن الحصول منها على إيراد
 دورى متجدد ، فأعد المنجم لاستخراج ما به من معادن والمحجر لقطع ما فى جوفه من
 أحجار والغابة لخير ما تحبوبة من أشجار ، فإن ما ينتج منها فى هذه المواعيد
 الدورية يعتبر ثماراً ولو كان من شأنه المساس إلى حد ما بأصل الشئ . أما إذا
 لم يعد المنجم أو المحجر أو الغابة للاستغلال ، فإن المعادن والأحجار والأشجار
 تعد منتجات لا ثماراً (١) . وتعتبر أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة من
 المنتجات لا من الثمار لأنها تنتقص من الأصل إلى أن ينفد بموت صاحب
 الإيراد وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية متجددة ، أما أقساط الإيراد الدائم
 فهذه ثمار لا منتجات لأنها دورية متجددة ولا تنتقص من الأصل ، شأنها
 فى ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات . ويعتبر نتاج الحيوان
 من المنتجات لا من الثمار ، لأنه إذا كان لا ينتقص من الأصل إلا أنه غير
 دورى (٢) .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٤ ص ٥٨٩ هامش ٤ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٤ ص ٥٩٠ - وهناك رأى يذهب إلى أنه من الثمار الطبيعية

لا من المنتجات (الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ١ ، وقارن استئناف مصر ١٢ مارس
 سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٤ رقم ٤٩ ص ١٠٣) . والكثر يملكه صاحب الأرض ، فيجب إذن
 على الحائز رده كله إلى المالك (انظر فى القانون الفرنسى حيث يملك صاحب الأرض نصف الكثر
 فيجب رده إليه أو يرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨) .

وبعد أن فرقنا بين الثمار والمنتجات على هذا النحو ، يجب القول بأن الذى يملكه الحائز بالحيازة هى الثمار لا المنتجات . والثمار على أنواع ثلاثة :

١ - ثمار طبيعية (fruits naturels) ، وهى من عمل الطبيعة لا دخل للإنسان فيها ، كالكلاء والأعشاب التى تنبت فى الأرض دون عمل الإنسان . وهذه يملكها الحائز بفصلها من الأرض وحيازتها ، بشرط أن يكون حسن النية وقت الفصل والحيازة كما سبق القول . ولا يشترط أن يسهلها أو أن ينقلها من مكانها .

٢ - ثمار صناعية أو مستجدة (fruits industriels) ، وهى التى ينتجها عمل الإنسان ، كالمزروعات وفواكه البساتين وخشب الأشجار إذا كانت معدة للقطع على وجه دورى منتظم وعسل النحل وحرير دودة القز . وهذه كالثمار الطبيعية يملكها الحائز بفصلها وحيازتها وهو حسن النية وقت الفصل والحيازة (١) . ولا يشترط هنا أيضا أن يسهلها ، أو أن ينقلها من مكانها .

٣ - ثمار مدنية (fruits civils) ، وهى الربيع الدورى المتجدد الذى يقبضه مستثمر الشئ من الغير لقاء نقل منفعة الشئ إلى هذا الغير ، وذلك كأجور الساكن والأراضى الزراعية (٢) ، وفوائد الأسهم والسندات ورؤوس الأموال بوجه عام ، وما تدفعه مصلحة المناجم والمهاجر لصاحب الأرض من الإيجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر . وهذه الثمار المدنية يملكها الحائز يوما فيوما ولو لم تقبض فعلا ، ما دام الحائز باقيا على حسن نيته . فاذا انقطع حسن النية أو انتهت الحيازة ، لم يملك الحائز منها إلا ما كان مستحقا يوم انقطاع حسن النية أو انتهاء الحيازة ، فاذا عجل له منها ما يجاوز

(١) أما إذا انفصلت لا بفعل الحائز ، بل بفعل الغير أو بقوة قاهرة ، فإن الحائز لا يسهلها ، لأن تملك الحائز لثمار يقوم على عمل إرادى صادر منه هو الاستيلاء على الثمار أو حيازتها ، وهذا غير متحقق فيما نحن بصدده (شفيق شحاتة فقرة ٨٤ ص ١٠٩) .

(٢) أما نصيب صاحب الأرض فى المزارعة فيعتبر من الثمار الصناعية (الوسيط ٨ فقرة ٢٦٣ ص ٥٨٩ هاش ٢) ، فلا يملكه الحائز إلا بفصله وحيازته وهو حسن النية وقت لفصل والحيازة .

هذا اليوم استبقى ما كان مستحقاً إلى هذا اليوم ورد الباقي إلى المالك (١) .

٤٦٧ - الأساس القانوني لتملك الفائز للثمار : يملك الحائز الثمار بمجرد

قبضه لها على النحو الذي قدمناه ، ويكون سبب الملكية هنا هي الحيازة المقرنة بحسن النية ، وهي حيازة تقع على الشيء الأصلي الذي انتج الثمار ثم على الثمار نفسها بقبضتها . فالحيازة هنا أيضاً ، كما في تملك المنقول بالحيازة (٢) ، هي سبب الملكية . ولكن لا يجوز اعتبار قاعدة تملك الحائز للثمار تطبيقاً لقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، فالحائز يملك الثمار لاعتبارات تختلف عن الاعتبارات التي يملك الحائز من أجلها المنقول ، ثم إن كلا من القاعدتين تختلف عن الأخرى في نطاق تطبيقها ، وفي شروط هذا التطبيق (٣) .

أما أن الاعتبارات تختلف ، فذلك لأن قاعدة تملك المنقول بالحيازة تقوم على أساس استقرار التعامل في المنقول كما قدمنا (٤) ، أما قاعدة تملك الحائز للثمار فتقوم على اعتبارات أخرى . ذلك أن الحائز للعين وهو يعتمد أنها ملكه يجني ثمارها ، وهو يعتقد بداهة أنها مملوكة له . وهو يستهلكها في العادة ، بل هو يرتب حياته على أنها ملكه حتى قبل أن يستهلكها ، دون أن يخطر في باله أنه مسئول عن ردها لأحد . وما دام هو حسن النية وقت أن يقبض

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تعتبر الثمار مكسوبة من وقت قبضها إذا كانت غير مدنية ، فان كانت مدنية فبها تكسب يوماً فيوماً ، حتى لو عجلت أو تأخر دفعها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) .

أما في القانون الفرنسى ، فلا يملك الحائز الثمار إلا بقبضها ، تستوى في ذلك الثمار الطبيعية والثمار الصناعية والثمار المدنية . فالقبض من الثمار المدنية لا يملكه الحائز ولو كان ميعاد استحقاقه قد حل ، على أن الحائز يعتبر قد قبض الثمار المدنية فيملكها إذا كان المدين قد أقر بمديونية نحو الحائز مباشرة أو كان الحائز قد نزل عنها للغير بطريق الحوالة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٢٨٦ - ص ٢٨٧ وهاش ٢٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٩ - مازو فقرة ١٥٧٧) . وإذا تعجل الحائز قبض الثمار المدنية قبل استحقاقها ، رد ما تعجله منها قبل استحقاقه (كولان كابيتان ودى لامورانددير ١ فقرة ١٢٢٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٠ .

(٣) انظر عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٣٥٠ - ص ٣٥٧ - شفيق شحاته فقرة ٨٣ - محمد على عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٤ هامش ٣ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٧ - حسن كيرة ص ١١١ - ص ١١٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٣٥ في آخرها .

الثمار ، وما دام جهله أنها غير مملوكة له يقوم على غلط مغتفر ، فمن العدل أن يتقدم القانون لحمايته ، ويعتبره مالكا لها فعلا ، فلا يكون مسئولا عن ردها . وبين المالك للعين الذي تركها في أيدي الناس حتى وقعت في يد حائز حسن النية ومن ثم لا يخلو من اللوم ، وبين الحائز حسن النية الذي لم يرتكب خطأ في استهلاكه لثمار يعتقد أنها مملوكة له ، الحائز حسن النية الذي لم يرتكب خطأ هو الأول بالرعاية من المالك للعين الذي يمكن أن ينسب إليه شيء من الخطأ . وقد عرف القانون الروماني قاعدة تملك الحائز للثمار للاعتبارات التي قدمناها ، دون أن يعرف قاعدة تملك المنقول بالحيازة لأنها مبنية على اعتبارات أخرى لم يأخذ بها (١) .

وأما أن نطاق التطبيق يختلف ، فذلك من وجهين : (١) نطاق قاعدة تملك المنقول بالحيازة يتناول المنقول كشيء أصلي (chose principale) ، يمتلكه الحائز باعتبار أنه هو الأصل لا باعتبار أنه تابع لشيء آخر . أما نطاق قاعدة تملك الحائز للثمار فمقصود على الثمار باعتبارها شيئا تابعا (chose accessoire) فالحائز لا يملك الشيء الأصلي الذي أنتج الثمار ، إنما يملك ثوابعه وهي الثمار ، ولا يملك من التوابع إلا الثمار فلا يملك المنتجات . لذلك كانت قاعدة تملك المنقول بالحيازة ، وتتناول الشيء الأصلي بما يشمل عليه من توابع ، أشد في شروطها ، من بعض الوجوه ، من قاعدة تملك الحائز للثمار وهي القاعدة التي تقتصر على الشيء التابع دون الشيء الأصلي . (٢) نطاق قاعدة تملك المنقول بالحيازة ينحصر في منقول مادي معين بالذات أو حق عيني في هذا المنقول ، ولا يتناول المجموع من المال ، وقد سبق بيان ذلك (٢) . أما نطاق قاعدة تملك الحائز للثمار ، فيستوى فيها أن يكون الشيء الذي ينتج الثمار شيئا معيناً بالذات أو مجموعاً من المال ، فالوارث الظاهر إذا ردد إلى الوارث الحقيقي نصيبه في التركة يملك الثمار التي جناها من هذا النصيب إذا كان حسن النية (٣) .

(١) بلاتويل وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٢ ص ١٨٤ - كولان وكابيتان ودي لاموراندبير

١ فقرة ١٢٢٧ ص ١٠٠٣ - مازو فقرة ١٥٦٨ - مارك ورينو فقرة ٤٤ ص ٥١ - ص ٥٢

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٠ - فقرة ٤٤٢ .

(٣) بلاتويل وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٢ ص ١٨٤ - نفص فرنسي ١٠ مايو سنة

١٨٥٩ دالمر ٥٩ - ١ - ٢٢ - ١١ يوليو سنة ١٩٦٦ دالمر ٦٦ - ١ - ٣١٥ .

وأما أن الشروط تختلف ، فيظهر ذلك إذا قارنا شروط تملك المنقول بالحيازة بشروط تملك الحائز للثمار في القانون المصري ، فتجد أن هناك فروقا بين القاعدتين أهمها ما يأتي : (١) في تملك المنقول بالحيازة ، يشترط وجود السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية ، وإن كان يفترض وجوده. أما في تملك الحائز للثمار ، فلا يشترط وجود السبب الصحيح أصلا ، ولو كعنصر من عناصر حسن النية . (٢) في تملك المنقول بالحيازة ، المفروض دائما أن الحائز قد تعامل مع غير المالك . أما في تملك الحائز للثمار ، فقد يتعامل الحائز مع غير المالك أو مع المالك . (٣) في تملك المنقول بالحيازة ، حسن النية معناه أن الحائز يعتقد أنه تعامل مع المالك ، في حين أنه يكون قد تعامل مع غير المالك. أما في تملك الحائز للثمار ، فحسن النية معناه أن يجهل الحائز عيوب سنده ولو تعامل مع المالك ، فيعتقد أن ملكية العين قد خلصت له دون شائبة . (٤) في تملك المنقول بالحيازة ، يكفي أن يتوافر حسن النية وقت بدء الحيازة ، فيتملك الحائز المنقول في الحال ، وينتقل المنقول إلى وراثته حتى لو كان هذا سيء النية . أما في تملك الحائز للثمار ، فيجب أن يتوافر حسن النية وقت القبض في كل مرة يقبض فيها الحائز الثمار ، ولا يكفي أن يكون حسن النية في الثمار التي يقبضها أولا إذا انقطع حسن نيته فيما يقبض بعد ذلك من ثمار ، بحيث أن المورث لو كان حسن النية وتملك الثمار بالقبض فإن الوارث لا يملكها إذا كان سيء النية (١) .

٢٥ - عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردّها للمالك

٤٦٨ - متى لا يملك الحائز الثمار : قدما أن الحائز لا يملك الثمار إلا إذا كان حسن النية وقت قبضها ، وعلى ذلك لا يملكها في الأحوال الآتية : (١) إذا كان سيء النية منذ البداية . (٢) إذا كان حسن النية في أول الأمر ، ثم أصبح سيء النية بعد ذلك . (٣) منذ أن يرفع عليه المالك الدعوى بالاسترداد حتى لو ظل حسن النية بعد رفع الدعوى .

(١) انظر في هذه الفروق في القانون الفرنسي بودري وتبييه فقرة ٨٧٨ - كولان وكابينان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٢٢٧ .

٤٦٩- الحارة الأولى- الحائز سىء النية من البرايه : إذا كان الحائز ،

وهو يضع يده على العين التى تنتج الثمار ، سىء النية منذ البداية ، كأن ورثها وهو يعلم أنها غير مملوكة لمورثه ، أو أخذها بوصية يعلم أن الموصى قد عدل عنها (١) ، أو اغتصبها ، أو اشتراها من غير مالك وهو يعلم أن البائع لا يملكها ، أو اشتراها من مالك يعتقد مشروب بعيب وهو يعلم هذا العيب ، فإنه لا يملك الثمار بالحيازة ما دام أنه سىء النية . فإذا رفع المالك دعوى على الحائز سىء النية يسترد بها العين ، فإنه يستردها ويسترد معها جميع الثمار التى قبضها الحائز أو التى قصر فى قبضها على ما منرى (٢) .

ولا يمنع على المالك أن يسترد من الحائز سىء النية ثمار العين إلا فى أحد للفروض الآتية : (١) إذا تملك الحائز سىء النية العين بالتقادم الطويل ، فإنه يكسب تبعاً للملكية العين ماكية ثمارها ، حتى الثمار التى لم يمض على قبضها مدة خمس عشرة سنة ، وذلك بفضل الأثر الرجعى للتملك بالتقادم (٣) . (٢) إذا تملك الحائز سىء النية الثمار بالتقادم الطويل ، استقلالاً عن أصل العين . فقد لا يملك الحائز العين نفسها لسبب أو لآخر ، كان يتخلى عن حيازتها أو تنزع منه قبل أن تكتمل مدة التقادم ، ومع ذلك يكون قد قبض ثمارها ويبقى حائزاً للثمار مدة خمس عشرة سنة . فيتملكها بالتقادم الطويل استقلالاً عن العين ، ويمتنع على المالك استردادها . (٣) إذا سقطت دعوى استرداد الثمار بالتقادم المسقط ، فقد تمضى على استحقاق الثمار فى ذمة الحائز مدة خمس عشرة سنة دون أن يملكها بالتقادم المكسب ، فتسقط دعوى استردادها بالتقادم المسقط .

(١) أو أخذها بوصية باطلة وهو يعلم بطاقتها (استئناف مصر ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٥ - ٥٢٠) .

(٢) أنظر مايل فقرة ٤٧٢ .

(٣) وقد قدمنا (آتفاً فقرة ٤١٥) أن الحائز الذى يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها لمالك ، حتى لو لم يكن قد تملكها استقلالاً بالقبض أو بالتقادم . فإذا قبض الحائز سىء النية الثمار ، فإنه لا يملكها بالقبض لسوء نيته ، ولا يملكها بالتقادم استقلالاً إذا لم يمض على قبضه إياها خمس عشرة سنة . ولكن إذا تملك العين ذاتها بالتقادم فإنه لا يرد الثمار لمالك ، فقد اعتبر مالكاً لتبين وقت سريان التقادم ، فتكون العين على ملكه وقت أن أنتجت الثمار ، وإن لم يملك الثمار باعتباره مالكاً لأصل العين التى أنتجت .

وتنص المادة ٣٧٥/٢ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ولا يستط الربع المستحق في ذمة الحائز سىء النية . . إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » (١) .

٤٧٠ - الحارة الثانية - الحائز من النية في أول الأمر ثم أصبح سىء

النية بعد ذلك : رأينا (٢) أن المادة ٩٧٩ مدني تنص على أن يكون الحائز سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضتها ... » . فقد يبدأ الحائز حيازته للعين وهو حسن النية ، ثم يعلم بعد مدة ما أن العين لم تخلص له ملكيتها ، فينقلب إلى حائز سىء النية . وقد يبقى على حسن نيته إلى أن يموت ، ويرث العين وارث يعلم أنها غير مملوكة لمورثه فيكون الوارث سىء النية . ولما كان حسن النية في تملك الحائز للثمار مطلوباً توافره وقت قبض الحائز للثمار وفي كل مرة يقبض فيها هذه الثمار (٣) ، فإنه متى أصبح سىء النية على الوجه الذي قدمناه لا يستطيع أن يملك الثمار بالحيازة من وقت أن يصبح سىء النية (٤) . والمفروض أن الحائز حسن النية وأنه يبقى مستمراً في حسن نيته ، وعلى المالك أن يثبت أن الحائز قد أصبح سىء النية في وقت معين ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق لأن سوء النية واقعة مادية . وإذا أثبت المالك أن الحائز قد أصبح سىء النية في وقت معين . فإن الثمار التي يكون قد قبضها وهو حسن النية يملكها بالحيازة ولا يردّها إلى المالك . أما الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سىء النية ، فإنه لا يملكها بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك . وتسرى ، منذ الوقت الذي أصبح فيه الحائز سىء النية ، الأحكام التي قدمناها في الحالة الأولى عندما يكون الحائز سىء النية منذ البداية . فيسترد المالك العين مع جميع الثمار التي قبضها الحائز أو قصر في قبضها منذ أن أصبح سىء النية . ولا يمنع على المالك أن يسترد هذه الثمار إلا في أحد الفروض الثلاثة التي سبق بيانها في الحالة الأولى (٥) .

(١) انظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٠٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٤ .

(٤) لا يزال وريبير وبيكر ٣ فقرة ١٩٠ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٦٩ .

٤٧١ - الحائز الثاني - الحائز بان على حسن نيته ولكن المالك رفع عليه

الدعوى : وليست هذه الحالة الثالثة مصرحاً بها في المادة ٩٧٩ مدني (١) ، ولكن يجب أن تستكمل هذه المادة بنصين آخرين وردت فيهما هذه الحالة بالذات . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدني على ما يأتي : « وبزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ، وبعد سئء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره » . وتنص المادة ١٨٥ مدني على أنه ١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم إلا برد ما تسلم . ٢ - أما إذا كان سئء النية ، فانه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنبها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سئء النية . ٣ - وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والفترات من يوم رفع الدعوى . والدعوى التي يرفعها المالك على الحائز حسن النية ، فيجعله برفعها سئء النية ، تتنوع بحسب الأحوال . ويغلب أن تكون دعوى استحقاق بطالب فيها المالك الحائز بالعين وثمارها ، وبصح أن تكون دعوى استرداد غير المستحق (م ١٨٥ مدني السابق ذكرها) ، كما بصح أن تكون دعوى استرداد الثمار مستقلة عن العين نفسها ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) . وأياً كانت هذه الدعوى ، فان رفعها على الحائز حسن النية يجعله في حكم الحائز سئء النية من وقت رفع الدعوى . ومعنى ذلك أنه لا يملك الثمار من ذلك الوقت ، ويجب عليه ردها للمالك فيما لو كسب هذا الأخير الدعوى . وكذلك يكون الحكم حتى لو لم ترفع دعوى على الحائز حسن النية ولكن الحائز يكون قد اغتصب الحيازة بالإكراه ، فيعامل معاملة الحائز سئء النية ، ولا يملك الثمار بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك فيما لو تبين أنه هو غير مالك للعين .

والمفروض هنا أن الحائز حسن النية ، عندما رفعت عليه الدعوى أو عندما اغتصب الحيازة بالإكراه ، بقي على حسن نيته يعتقد أنه يملك العين بالرغم من رفع الدعوى عليه أو بالرغم من أنه اغتصب الحيازة بالإكراه ، وبالرغم من

(١) انظر آتناً فقرة ٤٦٠ .

(٢) انظر فقرة ٤٧٣ .

بقائه على حسن نيته فانه يعامل معاملة الحائز متى ما النية فلا يتملك الثمار . ولو أنه تبين من رفع الدعوى عليه أنه لا يملك العين ، لاختلطت هذه الحالة الثالثة بالحالة الثانية ، ولكان الحائز بعد حسن نيته قد أصبح متى ما النية ، ولما كان هناك محل تمييز هذه الحالة الثالثة عن الحالة الثانية . أو لو أن الحائز عندما اغتصب الحيازة بالإكراه كان يعلم أنه غير مالك للعين فاغتصب حيازتها ، لاختلطت هذه الحالة الثالثة بالحالة الأولى ، ولكان الحائز متى ما النية منذ البداية ، ولما كان هناك محل تمييز هذه الحالة الثالثة عن الحالة الأولى .

فالمفروض إذن كما قدمنا أن الحائز بقي على حسن نيته بالرغم من رفع الدعوى عليه ، أو كان حسن النية عندما اغتصب الحيازة بالإكراه يعتقد أن العين مملوكة له وأراد أن ينتصف لنفسه بنفسه . فإذا كان اعتقاده بأنه هو المالك للعين صحيحا ، كسب دعواه ، واستبقى العين وثمارها . ولم يعد هناك محل لإثارة اعتباره متى ما النية لمنعه من تملك الثمار ، فقد تبين أنه يملك الثمار لا بالحيازة بل لأنه يملك العين نفسها التي أنتجت هذه الثمار . أما إذا كان اعتقاده بأنه هو المالك غير صحيح ، فانه يجب عليه أن يرد العين للمالك ، وأن يرد له الثمار من وقت رفع الدعوى ، على أساس أن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى . فالحكم عليه برد للعين يستند إلى هذا الوقت ، ولهذا يرد الثمار من وقت رفع الدعوى بالرغم من أنه بقي حسن للنية بعد رفعها (١) . ويرد للمالك الثمار من

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٤ هامش ٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٠ ص ١٩٠ - ويرد الحائز الثمار من وقت رفع الدعوى عليه في أول درجة ، حتى لو كسب الدعوى ابتداءً واستئنافاً ولكن نقض الحكم بعد ذلك أو قبل فيه الخامس إعادة للنظر (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحائز يعد متى ما النية من الوقت الذي علم فيه بعيوب سند حيازته . وهو يعتبر كذلك من تاريخ رفع الدعوى عليه في خصوص استحقاق الثمار ، لأن الحكم الذي يصدر فيها يستند إلى تاريخ رفعها (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ أرقام ١٢ و ١٣ و ١٤-٦ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٦ ص ٢٠٩ - استئناف وطني ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٣ ص ٧٠ - ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٦ ص ٢٧) . وقضى بأن من يتصرف له المالك في مال التفليس بصريح متى ما النية ويجب عليه رد الثمار من الوقت الذي يطالب فيه المستدعي برد المال إلى التفليس (استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٧) .

وقت اغتصاب الحيازة بالإكراه ، لأنه ما كان ينبغي أن ينتصف لنفسه بنفسه بل كان عليه أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداد ما يعتقد أنه ملكه ، والآن وقد تبين أنه غير مالك للعين لم يجوز أن يملك الثمار بحيازة كان الإكراه منشأها ولو كانت مقترنة بحسن النية . وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (١) .

٤٧٢ - الثمار التي يجب ردها للمالك : وتنص المادة ٩٧٨ مدني ، كما رأينا (٢) ، على أن يكون الحائز سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٤ - وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٣٦ - وقد كانت بعض الأحكام في عهد التقنين المدني السابق تقضي بتملك الحائز لثمار حتى بعد رفع الدعوى ، ما دام باقياً محل حسن نيته (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٣ ص ٩١٥) . ومنها ما اعتبر الحائز سيء النية من وقت الإنذار وقبل إعلان صحيفة الدعوى (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٨٤) . ولكن أغلب الأحكام اجبرت الحائز سيء النية من وقت رفع الدعوى (استئناف وطني ٢١ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص ١٣٠ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩ ص ٨٣ - استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧ ص ٧٨٤ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ ص ٧٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ ص ٥١٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ ص ١٣٠ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٠ ص ٢١٥ - استئناف مخطط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٠٢ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ص ٣٤٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٧١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٢ - ٣ يولييه سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٧٤ - ١٦ يولييه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ - ٨ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٥ - ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٥ - أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧٨ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٨٠ - وانظر شفيق شحاته فقرة ٨٨ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٠٧ - عبد المنعم البداروي فقرة ٢٨ ص ٣٨) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت دعوى الملكية من شأنها أن تنبه واضع اليد إلى أن العيب الذي يلحق وضع يده ليس مقصوراً على الجزء المرفوعة به الدعوى ، بل إن العيب شامل لجميع العين التي وضع يده عليها ، كما إذا رفعت الدعوى عليه من أحد الورثة مطالباً بالجزء الذي يخصه ، فلا يمكن تخصيص العيب بذلك الجزء في حين أن الحق واحد ودليل الملكية هو هو بالنسبة إلى باقي الأجزاء التي تخص بقية الورثة ، وعلم واضع اليد بالعيب الذي يلحق وضع يده من شأنه أن يزيل حسن نيته ، ويجعله مسئولاً من ثمرة العين من تاريخ هذا العلم (استئناف مصر ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١١٩ ص ٢٢٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه . يجوز أن يسترد ما أنفق في إنتاج هذه الثمار . ويخلص من هذا النص أنه في الأحوال التي يجب فيها على الحائز رد الثمار إلى المالك ، يلزم الحائز برد الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها . ومن جهة أخرى يجوز له أن يسترد من المالك ما أنفق في إنتاج هذه الثمار . فالحائز يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التي قبضها وهذه يردها عينا إذا كانت لا تزال موجودة في يده ، أو يرد قيمتها وقت قبضها إذا كان قد استهلكها . ويجوز أيضا أن يلزم بدفع فوائد قيمة الثمار بالسعر القانوني من وقت قبضها إلى وقت رد القيمة إلى المالك ، وذلك على سبيل التعويض (١) . ويلتزم الحائز فوق ذلك بأن يرد إلى المالك قيمة الثمار التي قصر في قبضها ، أي الثمار التي كان يجنيها المالك لو أن العين كانت في حيازته ، ويقدر قاضي الموضوع قيمة هذه الثمار . وكذلك يلتزم بدفع فوائد هذه القيمة على الوجه الذي سبق ذكره . وعلى ذلك يلتزم الحائز بأن يرد للمالك قيمة الثمار التي جناها من تلقى الحيازة من الحائز ، سواء كان هذا قد جناها بسوء نية أو بحسن نية (٢) .

وإذا كان الحائز سيء النية يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها على الوجه السالف الذكر ، فإن المالك من جهة أخرى يلتزم بأن يرد للحائز المصروفات التي أنفقها هذا في إنتاج هذه الثمار (٣) ، ويشمل ذلك أجر العمل وقيمة البذر ونفقات الأعمال التي قام بها الحائز للحصول على هذه الثمار . كذلك يرد المالك للحائز مصروفات الصيانة ، والتكاليف التي تثقل الثمار من ضرائب ورسوم وغيرها . فالحائز إذن لا يرد للمالك إلا القيمة الصافية للثمار بعد استئصال المصروفات والتكاليف ، وإلا أثرى المالك على حساب الحائز (٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٤ - شفيق شحاتة فقرة ٨٢ ص ١٠٥ هـش ١ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٣٢٧ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « وإذا أصبح الحائز سيء النية ، وجب عليه رد الثمار بعد استرداد نفقات إنتاجها ، من وقت أن أصبح سيء النية . وقد تقدم أنه يصبح سيء النية حتما من وقت دفع الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) .

(٤) بودري وشوفو فقرة ٣٢٧ ص ٢٢٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٤ ص ٣٦٢ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٠٣ ص ١٩٣ .

٤٧٣ - كيف يسترد المالك الثمار من الحائز سىء النية : والمالك يسترد الثمار من الحائز سىء النية إما مع العين التي انتجت هذه الثمار وهذا هو الغالب ، أو مستقلة عن هذه العين .

فيسترد الثمار مع العين بأن يرفع في العادة دعوى استحقاق يطالب الحائز فيها بالعين مع ثمارها . ودعوى الاستحقاق هذه لا تسقط بالتقادم ، فللمالك أن يرفعها على الحائز في أى وقت ليسترد بها العين والثمار . ولو بعد انقضاء خمس عشرة من خروج العين من حيازة المالك . وذلك ما لم يكن الحائز قد تملك العين بالتقادم الطويل ، فعند ذلك لا يستطيع المالك أن يسترد العين ولا ثمارها (١) . وقد يكون المالك سلم العين للحائز معتقدا أنها ملك هذا الأخير : ويتبين بعد ذلك أن العين غير مملوكة للحائز . فيجوز في هذا الفرض أن يسترد المالك العين من الحائز بدعوى شخصية هي دعوى استرداد غير المستحق . فإذا كان الحائز قد سلم العين وهو حسن النية معتقدا أنه يملكها ، لم يلتزم أن يرد للمالك الا العين وحدها دون الثمار ، لأنه يكون قد تملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية (م ١٨٥ / ١ مدنى) . أما إذا كان الحائز سىء النية . فانه يلتزم أن يرد للمالك العين والثمار ، لأنه لم يملك الثمار إذ هو سىء النية (م ١٨٥ / ٢ مدنى) . ويلتزم الحائز على كل حال ، ولو كان حسن النية ، برد الثمار من يوم أن يرفع عليه المالك دعوى استرداد غير المستحق (م ١٨٥ / ٣ مدنى) ، وقد سبق ذكر ذلك (٢) . وتسقط بالتقادم الدعوى الشخصية باسترداد غير المستحق ، من عين وثمار ، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المالك بحقه فى الاسترداد ، وتسقط الدعوى فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم أن يسلم المالك العين للحائز (م ١٨٧ مدنى) .

ويسترد المالك من الحائز سىء النية الثمار مستقلة عن العين ، إذا خرجت العين من حيازة الحائز وبقيت الثمار فى يده . فعند ذلك يستطيع المالك أن يسترد هذه الثمار عينا من الحائز بدعوى استحقاق لأنه هو المالك للثمار ،

(١) انظر آتية فقرة ٤٦٩ .

(٢) انظر آتية فقرة ٤٧١ .

ولا تسقط دعوى الاستحقاق هذه بالتقادم . ولكن يجوز للحائز أن يملك الثمار بالتقادم المكسب الطويل إذا بقي حائزها لمدة خمس عشرة سنة ، وعند ذلك لا يستطيع المالك أن يستردها . وإذا كان الحائز قد استهلك الثمار ، أو كانت الثمار تمثل في مبلغ من النقود هو ريع العين ، فإنها تصبح ديناً في ذمة الحائز للمالك . فيجوز للمالك أن يطالب الحائز بهذا الدين ، مع العين إذا كانت باقية في يد الحائز أو بدونها إذا خرجت من يده . ولا تعتبر الثمار إذا أصبحت ديناً في ذمة الحائز حقاً دورياً متجدداً كالأجرة يسقط بخمس سنوات ، بل لا يسقط هذا الدين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه بالتقادم المسقط . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدنى صراحة على ذلك ، إذ تقول : « ولا يسقط الربع المستحق في ذمة الحائز سوى النية ... إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التزام الحائز برد الثمرات ليس من الحقوق الضرورية المتجددة التي تسقط بالتقادم الحسى ، ومن ثم فلا تقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً للمادة ٣٧٥ مدنى التي قننت ما كان مقرراً في ظل القانون المدنى الملى . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر للطاعة سبباً للنية في وضع يدعى على جزء من الأملاك العامة بغير ترخيص ومسئولة بالتالى من رد الثمرات ، وأن التزامها في هذا الصدد لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، فلا يكون قد أعطى في تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام للنقض رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم المطعون فيه قبل الوزارة للطاعة ببيع الأرض التي استولت عليها دون اتباع الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية ، فإن الوزارة في هذه الحالة تعتبر في حكم الحائز سوى النية ، ولا يسقط الربع المستحق في ذمتها إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً لما تنص عليه المادة ٣٧٥ / ٢ من القانون المدنى القائم التي قننت ما كان مستقراً عليه وجرى به قضاء هذه المحكمة في ظل التقنين الملى ، وذلك على أساس أن التزام الحائز سوى النية برد الثمرات لا يعتبر من قبيل الديون الضرورية المتجددة التي تقادم بمضى خمس سنوات (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام للنقض ١٧ رقم ٢٨١ ص ١٩٤٣) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٣ ص ٧٥٩ .

وانظر بودرى وشرفو فقرة ٣٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ ص ٣٦٢ - محمد على صرفة ٢ فقرة ١٠٣ ص ١٩٢ - عبد المنير البدروى فقرة ٢٥ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٧٣ - منصور مدحلى منصور فقرة ١٨٩ ص ٤٥٤ .

القسم الثاني

الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن الملكية

(حق الانتفاع وما يلحق به - حق الارتفاق)

تمهيد

٤٧٤ - مصر الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية : قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط (١) أن حق الملكية يتفرع عنه حقوق عينية أصلية خمسة ، ذكرها التقنين المدني . وهي حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر .

ويضاف إلى هذه الحقوق العينية الخمسة المذكورة في التقنين المدني حقوق ثلاثة أخرى . وهي حق المستحق في الوقف فهو حق عيني غير الحق الشخصي الذي له في تقاضى الغلة من الناظر ، والحق الذي يرد على الأشياء غير المادية كحق المؤلف وحق المخترع ، وحق استغلال المناجم والمحاجر (٢) .

٤٧٥ - الباقى للبحث من هذه الحقوق : وقد سبق بحث حق الحكر عند بحث عقد الإيجار ، في الجزء السادس من الوسيط . وكذلك سبق بحث حق المؤلف وحق المخترع ، وبحث حق استغلال المناجم والمحاجر ، في الجزء الثامن من الوسيط . أما حق المستحق في الوقف فهو من مباحث الشريعة الإسلامية ، وقد ألغى على كل حال فيما عدا الوقف الحيرى .

فلم يبق للبحث إذن ، من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ، غير حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ، وغير حق الارتفاق .

ولما كان حق الاستعمال وحق السكنى نوعين خاصين من حق الانتفاع ، لذلك نبحت حق الانتفاع ومعه حق الاستعمال وحق السكنى في الباب الأول من هذا القسم . ونبحت في الباب الثانى حق الارتفاق .

(١) فقرة ١٢٥ من ٢٢٣ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ١٢٥ من ٢٢٣ هامش ٢ .

الباب الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الفصل الأول

حق الانتفاع

(Usufruit)

تمهيد

٤٧٦ - التعريف بحق الانتفاع : لم يورد التقنين المدني الجديد تعريفا لحق الانتفاع ، جرياً على عادته في الإقلال من التعريفات بقدر المستطاع . ولكن التقنين المدني السابق عرف هذا الحق في المادة ٤٩/١٣ منه بأنه « هو حق للمتفع في استعمال ملك غيره واستغلاله » . وعيب هذا التعريف أنه أوسع مما يجب ، فهو يشمل أى حق للشخص في الانتفاع بملك غيره واستغلاله ، فيدخل حق المتفع كما يدخل حق المستأجر وحق المحتكر . والانتفاع بملك الغير يكون إما بموجب حق شخصي كما هو الأمر في حق المستأجر ، أو بموجب حق عيني كما هو الأمر في حق المتفع وحق المحتكر . فكان الواجب أن يميز حق الانتفاع في التعريف بأنه حق عيني ، حتى يفارق بذلك حق المستأجر . ثم إن حق الانتفاع ينتهي حتماً بموت المتفع ، على خلاف حق المحتكر فإنه قد يبقى بعد موت المحتكر فينتقل إلى ورثته وقد يدوم ستين سنة . فكان الواجب أيضاً أن يذكر في تعريف حق الانتفاع هذا المميز الجوهرى ، وهو أنه ينتهي حتماً بموت المتفع (١) .

(١) ويرف قانون الملكية المقارية البناني (م ٢٢) حق الانتفاع على الوجه الآتي :
« الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير وبالتمتع به ، ويسقط هذا الحق حتماً بموت المتفع - ولا يجوز إنشاء حق انتفاع لصالح أشخاص ممنوعين » . ويعرفه التقنين المدني السوري (م ٩٣٦) بما يأتي : ١ - الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله .
٢ - ويسقط هذا الحق حتماً بموت المتفع . ٣ - لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص لغيره » .

ويعرف الفقه الفرنسي عادة حق الانتفاع تعريفاً أقرب إلى الدقة ، على النحو الآتي : حق الانتفاع هو الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير ، بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع ، الذي يجب أن ينتهي حتماً بموت المنتفع (١) . ويشار في صدد هذا التعريف إلى أنه يميز حق المنتفع عن حق المستأجر بعينية حق المنتفع ، ويميز حق المنتفع عن حق المحتكر بانتهاء حق المنتفع حتماً بموته . ويرجع إلى ظروف المعاملة ونية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كان الحق حق انتفاع ، أو كان حقاً عينياً آخر : أو حقاً شخصياً في الانتفاع بملك الغير (٢) .

٤٧٧- **خصائص حق الانتفاع** : ويتبين من التعريف سالف الذكر أن حق الانتفاع حق عيني ، وأنه ينتهي حتماً بموت المنتفع ، وأنه يقع على شيء غير قابل للاستهلاك .

١ - **فحق الانتفاع حق عيني** : وبهذا يتميز عن حق المستأجر كما قدمنا ، فالمستأجر دائن للمؤجر بالانتفاع بالعين المؤجرة ، ويلزم هذا الأخير بتمكينه من ذلك فيتوسط المؤجر بين المستأجر والعين المؤجرة ، أما المنتفع فله حق عيني يقع مباشرة على الشيء المنتفع به ولا يتوسط بينهما مالك الشيء . ويرتب على ذلك أن المالك ليس ملتزماً قبل المنتفع بتمكينه من الانتفاع كما يلتزم المؤجر نحو المستأجر ، بل كل ما على المالك هو ألا يتعرض للمنتفع في مباشرة حقه ولا يلتزم نحوه بشيء . فإذا احتاجت العين إلى إصلاح لم يلتزم المالك أن يقوم به كما يلتزم المؤجر ، وسيأتي بيان ذلك . وإذا كان محل حق الانتفاع عتاراً ، فإن حق الانتفاع يعتبر مالا عقارياً يجوز رهنه رهناً رسمياً ، بخلاف ما إذا كانت العين المؤجرة عقاراً فإن حق المستأجر وهو حق شخصي لا يعتبر مالا عقارياً بل مالا منقولاً لا يجوز رهنه رهناً رسمياً . وإذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع للغير فإنه ينزل عن حق عيني لا يقتضي تدخل المالك كما يقتضي تدخله النزول عن حق المستأجر ، إذ يعتبر نزول المستأجر عن حقه الشخصي للغير حوالاً حق فتقتضي إعلان المؤجر بها . فإذا ما كانت العين

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٧ . وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٦٢١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٧ .

عقارا ، فإن نزول المستأجر عن حقه الشخصي للغير يبنى حوالة فلا يجب التسجيل . أما نزول المنتفع عن حق انتفاعه بالعقار للغير فانه يعتبر انتقالا لحق عيني ، فيقتضى التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين (١) . وإذا كان حق الانتفاع حقا عينيا ، فانه حق عيني يتميز عن حق الملكية ، بل هو يثقل حق الملكية وينتقص منها . وقد قدمنا أن حق الملكية يشتمل على عناصر ثلاثة ، حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . فحق الانتفاع ، ويشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال (٢) ، مجرد حق الملكية من هذين العنصرين ولا يبقى لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف ، ومن ثم تصبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع ملكية غير كاملة وتسمى بملكية الرقبة (nue-propriété) . ويتجمع في المال الواحد حقان عنيان ، حق الرقبة للمالك ويسمى مالك الرقبة وحق الانتفاع للمنتفع (٣) . ومالك الرقبة والمنتفع ليسا شريكين على الشيوع في المال ، فالشيوع لا يكون إلا في حقوق من طبيعة واحدة تتراحم على الشيء الواحد . أما طبيعة حق الرقبة فتختلف عن طبيعة حق الانتفاع (٤) ، وعلى ذلك لا يجوز لمالك الرقبة ولا للمنتفع أن يطلب قسمة المال كما يجوز ذلك للمالك في الشيوع ، ويبقى كل منهما محتفظا بحقه متميزا عن حق الآخر دون تراحم بينهما . ولكن يصح أن تكون الرقبة نفسها

(١) والمنتفع في الدفاع عن حيازته لحقه العيني جميع دعاوى الحيازة طبقاً للقواعد العامة ، لذلك لم يرد نص خاص في ذلك ، أما المستأجر فله أيضاً في الدفاع عن حيازته لحقه الشخصي جميع دعاوى الحيازة ولكن بموجب نص خاص (م ٥٧٥ مدني) كان لازماً له الحيازة إلى الحقوق الشخصية تأثراً بالنظرية المادية للحيازة (انظر آتفاً فقرة ٢٦٧) .

(٢) ومن هذين العنصرين (usus, fructus) تكون اسم حق الانتفاع (usufruit) .
(٣) ولا بد أن يكون المنتفع شخصاً آخر غير مالك الرقبة ، فيرتب حق الانتفاع لشخص على مال مملوك لشخص آخر . ولا يقال لمن يملك المال ملكية كاملة إنه يملك كلا من الرقبة وحق الانتفاع ، بل إن انتفاعه بالمال لا يعتبر مباشرة لحق انتفاع وإنما هو مباشرة لحق الملكية الكاملة ، وعلى ذلك لا يجوز لمن يملك المال ملكية كاملة أن يرهن حق الانتفاع مستقلاً عن الرقبة ، ولا أن يرهن الرقبة مستقلة عن حق الانتفاع (اسماعيل غانم ص ٤) . والذي يجوز هو أن ينشئ المالك حق انتفاع على ماله فلا يبقى له إلا الرقبة ، أو أن يتصرف في الرقبة لغيره ويستبقى لنفسه حق الانتفاع .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٧ .

أو حق الانتفاع نفسه مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص ، فيجوز عندئذ للشريك على الشيوع في الرقبة أو في حق الانتفاع أن يطلب القسمة (١) .

٢ - وحق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع : فلا يبقى حق الانتفاع بعد موت المنتفع ، بل يرجع إلى مالك الرقبة فتعود لهذا ملكية العين كاملة . وهذا بخلاف حق المستأجر ، فهو في الأصل لا ينتهى بموت المستأجر ، وإذا انتهى فلنما يكون ذلك في حالات استثنائية (م ٦٠١ / ٢ و م ٦٠٢ مدني) . وهذا لا يعنى أن حق الانتفاع يجب أن يدوم طوال حياة المنتفع ، فقد يحدد له أجل قصير أو طويل ، ومتى انتهى الأجل المحدد انتهى حق الانتفاع ولو قبل موت المنتفع . ولكن إذا مات المنتفع قبل انقضاء الأجل ، فإن حق الانتفاع ينتهى

(١) أنظر في ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٧ - ص ٧٥٨ - وقد يوصى شخص لآخر بحق الانتفاع في جزء شائع من تركته ، فيكون للورثة حق الملكية الكاملة pleine propriété فيما يجاوز هذا الجزء الشائع وحق الرقبة في الجزء الشائع ، ويكون للموصى له حق الانتفاع في الجزء الشائع . فهناك إذن شيوع بين الورثة والموصى له فيما يتعلق بحق الانتفاع بالتركة جميعها ، إذ أن للورثة ، فيما جاوز الجزء الشائع الموصى بحق الانتفاع به ، حق انتفاع يتضمن ملكيتهم الكاملة ، فهم إذن شركاء في الشيوع مع الموصى له في حق الانتفاع بالتركة جميعها كما سبق القول . وعلى ذلك يستطيع الموصى له أو أى من الورثة أن يطلب قسمة حق الانتفاع الشائع في جميع التركة . فإذا أمكنت القسمة عيناً ، أفرز جزء من التركة يكون فيه شوصى له حق الانتفاع ولورثة حق الرقبة ، وأفرزت بقية أموال التركة ويكون للورثة حق الملكية الكاملة فيها . أما إذا لم تمكن القسمة عيناً ، فهل يجوز بيع كل التركة على سبيل قسمة التصفية licitation ؟ يذهب رأى في الفقه الفرنسى إلى أن هذا لا يجوز ، إذ قسمة التصفية هنا تؤدي إلى أن تكون هناك قسمة بين الرقبة وحق الانتفاع وهذا ممنوع قانوناً (لوران ٦ فقرة ٣٦٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٦٣٤ هاش ١١ - بيدان في تعليقه في دالوز ٧٨ - ١ - ١٤٥) . ولكن القضاء الفرنسى لا يأخذ بهذا الرأى ، مراعيّاً في ذلك مصلحة الجميع . فبيع التركة بملكيتها الكاملة يكون أربح صفقة من أن يباع جزء شائع من التركة بملكيتها الكاملة وأن يباع جزء شائع آخر مثقلاً بحق الانتفاع . فإذا طلب الموصى له أو أحد من الورثة بيع التركة جميعها بملكيتها الكاملة على سبيل قسمة التصفية ، أوجب إلى طلبه ولو عارض في ذلك الآخرون (نقض فرنسى ٢٤ يوفيه سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٣ - ١ - ٢٨٥ - ٢٥ أغسطس سنة ١٨٧٩ سيرييه ٨٠ - ١ - ١٨١ - ٢٠ يوليه سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣ - ١ - ١١٣ - ٢١ يوفيه سنة ١٩٥٤ جازيت دي باليه ١٩٥٤ - ٢ - ٢٢١) . ويقر رأى آخر في الفقه الفرنسى ما ذهب إليه القضاء الفرنسى في ذلك (بودرى وقال في المواريث ٢ فقرة ٢٨٢٦ - لاييه في تعليقه في سيرييه ٨٠ - ١ - ١٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٨ - ص ٧٥٩ - كاربونيه ص ١١٦) .

حتمًا ، وذلك بالرغم من أن الأجل لم ينقض . والحكمة في انتهاء حق الانتفاع حتمًا بموت المنتفع ، أن حق الانتفاع يشل إلى حد ما من تداول المال ، فلا المنتفع يملك الرقبة حتى يستطيع التصرف في ملكية المال كاملة ، ولا مالك الرقبة يتيسر له أن يجد مشترياً للرقبة وهي عاطلة عن حق الانتفاع (١) . فأصبح المال في وضع اقتصادي غير مرغوب فيه ، ولذلك عين المشرع حداً أقصى لهذا الوضع ، وهو حياة المنتفع . فلا ينتقل حق الانتفاع بموت المنتفع إلى ورثته بل ينتهي حتمًا ، فتعود الملكية كاملة لصاحب الرقبة ، ويرجع المال إلى وضعه العادي من التداول .

وإذا كان حق الانتفاع يحد من حركة تداول المال كما قدمنا ، فإنه أيضًا يحمل في ذاته عاملاً من عوامل الشك وعدم الاستقرار بسبب القاعدة التي نحن بصددناها من أنه ينتهي حتمًا بموت المنتفع . فسواء حدد لحق الانتفاع أجل أو لم يحدد ، فإنه لا يعرف متى ينتهي : إذ قد يموت المنتفع قبل انقضاء هذا الأجل والموت لا يعرف مواعده على وجه محقق . فتقدير قيمة حق الانتفاع ، عندما يكون هناك محل لذلك ، يصعب البت فيه ، إذ يحول دون ذلك عدم معرفة موعد انقضائه حتى لو كان له أجل محدد ، إذ ينتهي حتمًا بموت المنتفع ولو قبل انقضاء الأجل كما سبق القول . وقد واجه المشرع هذه الصعوبة في حالات مختلفة ، ففي حالتين منها لجأ إلى التحكم لأنه أراد أن يبت في حق الانتفاع في الحال . الحالة الأولى إذا نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ، وأريد توزيع التعويض المستحق عن نزع الملكية بين مالك الرقبة والمنتفع ، فعلى القاضي في هذه الحالة أن يقدر قيمة حق الانتفاع اجتهاداً ، مراعيًا في ذلك سن المنتفع وحالته الصحية . والحالة الثانية ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الإصلاح الزراعي في شأن توزيع التعويض المستحق عن الاستيلاء بين مالك الرقبة والمنتفع ، ففي هذه الحالة يكون لمالك الرقبة ثلثا التعويض وللمنتفع الثلث الباقي . وفي حالة

(١) هذا إلى أن صاحب الانتفاع يسمى بطبيعة الوضع الذي هو فيه إلى أن يستخلص من العين كل ما يستطيع استخلاصه من منفعة دون أن يحاول تحسين العين إذا كان هذا التحسين سيؤول نفعه إلى صاحب الرقبة عند انقضاء حق الانتفاع . وتشدت أضرار حق الانتفاع في الأرض الزراعية ، وتتلوها في التأثير بالضرر المباني والمنسجرات والمصانع ، ويخف الضرر كثيراً في الأوراق المالية (كولان وكاهيتان ودى لاموراندوير ١ فقرة ١٠٥٩ من ٨٥٧) .

قائلة لم يلجأ المشرع إلى التحكم ، إذ نص في المادة ٩٩٤ مدني على أن « ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء » ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض . فلماذا قام مقام الشيء تعويض أو مبلغ تأمين مثلا على سبيل الحلول العيني ، كان للمتفع الفوائد المدة التي يدوم فيها حق الانتفاع ، ويبقى رأس المال دون الفوائد للمالك الرقبة إلى أن ينتهي حق الانتفاع ، فاذا انتهى آلت الفوائد للمالك (١) .

٣ - وحق الانتفاع يقع على شيء غير قابل للاستهلاك : وذلك لأن الشيء بذاته يعود إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، فوجب أن يكون باقيا بعد الانتفاع به ، ويعني ذلك أن يكون شيئا غير قابل للاستهلاك (٢) .

هذا هو الأصل . غير أنه يقع في بعض الأحيان أن يوصى شخص لآخر بحق الانتفاع في جزء من تركته ، وقد تشمل التركة على أشياء قابلة للاستهلاك ، فاذا أفرزت الأموال التي يستعمل عليها المنتفع حق انتفاعه دخل في هذه الأموال أشياء قابلة للاستهلاك . فكيف يباشر المنتفع حق انتفاعه على هذه الأشياء ، وهو لا يستطيع الانتفاع بها إلا باستهلاكها ؟ تجيب على ذلك المادة ٥٨٧ من التقنين المدني الفرنسي بأنه « إذا شمل حق الانتفاع أشياء لا يمكن استعمالها دون استهلاكها ، كالنقود والغلال والخمور ، كان للمنتفع الحق في استهلاكها . بشرط أن يرد مثلها في الكمية والصفة والجودة » (٣) . ويستخلص من هذا النص أن الذي ينتقل إلى المنتفع في الشيء القابل للاستهلاك ليس هو مجرد حق انتفاع ، بل هو حق ملكية كاملة يبيع للمنتفع أن يستهلك الشيء ، على أن يرد

(١) أنظر في ذلك إسماعيل غانم ص ٥ - ص ٦ .

(٢) هذا إلى أن المنتفع ليس له إلا أن يستعمل الشيء وأن يستهلكه دون أن يستهلكه أو يتصرف فيه ، والشيء القابل للاستهلاك لا يمكن استعماله دون استهلاكه أو التصرف فيه ، ومن ثم لا يكون الشيء القابل للاستهلاك في الأصل قابلا لأن يترتب عليه حق انتفاع .

(٣) والحل الذي أتى به نص التقنين المدني الفرنسي لا يمكن تصور غيره ، وهو منقول عن القانون الروماني . فقد كان هذا القانون في أول الأمر يمنع ترتيب حق الانتفاع على شيء قابل للاستهلاك لأن طبيعة هذا الشيء تستعصى على أن يرد عليه هذا الحق ، ثم تطور القانون فأباح ذلك ، وسمى الحق في هذه الحالة بشبه حق الانتفاع (quasi-usufruit) . ونقل التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم في المادة ٥٨٧ سالف الذكر .

مثله أو قيمته عند انتهاء حق الانتفاع (١). فالمنتفع إذن يصبح مالكا للشيء القابل للاستهلاك ، فلا تكون هناك رقبة تبقى للمالك ، وإنما يكون المالك دائنا للمنتفع بمثل الشيء أو قيمته (٢). وهكذا تتحول الرقبة من حق عيني هو ملك الرقبة - إلى مجرد دائنية (créance) للمالك في ذمة المنتفع (٣). وهذا هو الحكم الذي أخذ به في مصر . وقد ورد في شأنه نص صريح : إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ مدني : « وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك . وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع » .

٤٧٨ - الأشياء التي تصلح أن تكون محل انتفاع : يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع العقار كالدور والأراضي الزراعية والمناجم والمحاجر ، والمنقول كالألات والسيارات والمركبات والمواشي والأسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التي لحاملها والأشياء القابلة للاستهلاك ويترتب على هذه الأشياء الأخيرة شبه حق انتفاع كما سبق القول .

ويصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع ، ليس فحسب الأشياء المادية كالأشياء التي تقدم ذكرها ، بل أيضا الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف

(١) ويقرب شبه حق الانتفاع بذلك من حق القرض في عقد القرض ، في الحالتين تنتقل ملكية أشياء قابلة للاستهلاك من شخص إلى آخر . هل أن يرد هذا الأخير للأول مثلها أو قيمتها . ولكنهما يختلفان فيما يأتي : (أ) ينتهي شبه حق الانتفاع حتماً بموت المنتفع حتى لو حدد له أجل ولم ينتقض ، أما القرض فلا يحل بموت المقرض ولكن بانقضاء الأجل ، ويبقى القرض ديناً في التركة لو مات المقرض قبل حلول الأجل . (ب) القرض لا يكون إلا بمقد أما شبه حق الانتفاع فقد يكون بمقد ولكن يطلب أن يكون برصية . (ج) يجب في شبه حق الانتفاع تقديم كفالة وعمل جرد للأشياء القابلة للاستهلاك (م ٩٩٢ مدني) ، ولا يجب ذلك في القرض . أنظر عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢١٨ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٩ ص ٧٥٦ .

(٣) ويترتب هل ذلك أنه في حين أن المالك في حق الانتفاع يسترد نفس الشيء عند نهاية الانتفاع ، إذا به في شبه حق الانتفاع ليس إلا دائناً للمنتفع يزاحمه سائر دائني هذا الأخير (مازو فقرة ١٦٥٢) .

(٤) أنظر أيضاً المادة ٤١/٢٢ من التقنين المدني السابق ، وكانت تنص على أنه « يجوز للمنتفع أن يرد الكفالة أن يستعمل الأشياء التي تتعدى بالاستعمال ، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع » .

وحق المخترع ، والحقوق الشخصية (créances) (١) والإيرادات المرتبة والأسهم والسندات وسائر التقيم المنقولة التي ليست لحاملها وسندات القروض التي تعقدتها الدولة كقروض الإنتاج وغيرها . بل أن حق الانتفاع نفسه يصلح أن يكون محلاً لحق انتفاع يترتب عليه ، فيكون للمنتفع بحق الانتفاع غلة هذا الحق وثماره (٢) . وكذلك يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع حق الارتفاق بشرط أن يشمل حق الانتفاع العقار المرتفق وحق الارتفاق معاً . فلا يترتب حق انتفاع على حق الارتفاق مستقلاً عن العقار المرتفق (٣) .

ويصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع المجموع من المال (universalité) ، سواء كان مجموعاً قانونياً كالتركات (٤) ، أو كان مجموعاً فعلياً كالمتاجر والقطيع من الغنم (٥) . وبوجه عام كل ما يصلح أن يكون محلاً لحق الملكية يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع (٦) .

وفي جميع الأحوال يصلح الشيء أن يكون محلاً لحق الإنتفاع ، حتى لو كان مما يبلى بطول الاستعمال كالأثاث والملابس والسيارات والمركبات . ولا يتحول حق الانتفاع هنا إلى شبه حق انتفاع ، فهناك فرق واضح بين شيء يبلى بطول الاستعمال وشيء يستهلك فوراً بالاستعمال . وعلى ذلك يرد

(١) وترتيب حق الانتفاع على الحقوق الشخصية من شأنه أن يترتب حتماً عينياً على حق شخصي ، ويحمل على التساؤل عما إذا كان حق الانتفاع حتماً عينياً منفرداً عن حق الملكية ، أو هو حق يتفرع من الحقوق بوجه عام لا عن حق الملكية فحسب (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٤١٥ - كولان وكايشان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٦٠ - مارك ودينو فقرة ٦٤ ص ٨٢) .

(٢) أنظر مايل فقرة ٥٠٧ .

(٣) أنظر مايل فقرة ٤٩١ .

(٤) والمتضمن بمجموع قانوني من المال universalité de droit ، على خلاف المتعلق بمال مستقل بذاته ، يساهم في الوفاء بديون المجموع من المال الذي ينتفع به ، فيتحمل فوائد هذه الديون (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٦٠ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٥١٥) .

(٥) والمتعلق بمجموع فصل من المال universalité de fait يتميز ، لا بالمساهمة في الوفاء بالديون ، بل بأعمال نظرية الحلل المعنى (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٥١٦) .

(٦) وبوجه عام ، كل شيء مادي أو غير مادي ، تخول حيازته فائدة اقتصادية أو أدبية أو فكرية ، يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع (أوبري وور ٢ فقرة ٢٢٦ هامش ٤ مكرر - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٥٨ ص ٧٥٥) .

المتنفع ، فيما إذا ورد حق الانتفاع على شيء يبلى بطول الاستعمال ، نفس الشيء في الحالة التي يكون عليها وقت نهاية حق الانتفاع ، دون أن يكون قد أصابه تلف بخطأ المتنفع (١) .

٤٧٩ - ما أدرجه المقيمين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني

الداهي في مخصص من الانتفاع : أهم ما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني السابق في مخصص حق الانتفاع أنه حذف نصوصاً خاصة بالوقف أقحمها التقنين المدني السابق على النصوص المتعلقة بحق الانتفاع . وبعض هذه النصوص قد بطل العمل بها ، كنص المادة ١٨ / ٢٧ من التقنين المدني السابق المتعلق بالمسقفات والمستغلات التي تكسب بعقد الإيجارين ويجوز تأجيرها أو إعطاؤها بالعاروق ، وكالمواد ٣٥ و ٣٦ و ٤٨ من التقنين المدني المختلط الخاصة بالأراضي الخراجية . وبعض آخر من هذه النصوص تورد أحكاماً في الوقف غير صحيحة ، من ذلك ما نصت عليه المادة ١٧ / ٣٤ من أنه « يجوز أن يوصى لمحل خيرى تابع لديوان الأوقاف بملك العين ولشخص أو أكثر وورثته على التعاقب بحق الانتفاع ، وحينئذ لا يكون للمحل الخيري حق الملك التام إلا بعد انقراض الوصى إليهم بحق الانتفاع » (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ٥٨٩ من التقنين المدني الفرنسي - على أنه يجوز الاتفاق على إلحاق الأشياء التي تبلى بطول الاستعمال بالأشياء التي تسلك فوراً بالاستعمال ، فتنتقل ملكية الأشياء التي تبلى بطول الاستعمال إلى المتنفع ، ويكون له حق التصرف فيها واستهلاكها ، ولا يلزم إلا برد قيمتها أو مثلها عند نهاية حق الانتفاع . فيتحول حق الانتفاع بهذا الشرط إلى شبه حق انتفاع . وقد يكون الشرط ضمناً فيستفاد مثلاً من تقويم الأشياء التي يشملها حق الانتفاع ، إذ التقويم قد يفهم منه أن المالك لا يعلق أهمية كبيرة على أن يسترد الأشياء بذواتها وبحسبه أن يسترد قيمتها ، فيقوم التقويم هنا بفتح البيع *aestimatio facit venditionem* وهذه على كل حال قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للمالك أن يثبت أنه قد عول على استرداد الشيء بذاته لا بقيته ، وذلك بالرغم من تقويمه في سند حق الانتفاع (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٢٠) .

(٢) وتقول محكمة النقض في مخصص هذا النص إنه « من قبيل حق الانتفاع المؤبد الذي حرره القانون بين الأفراد ، وهو بعينه نظام الوقف الذي أتى به الفقه الإسلامي ، وبحسبه وجدت الأموال الموقوفة ، مع ملاحظة أن محرري القانون اضطروا إلى جعل ملك الرقبة للجهة الخيرية وجعل الملك التام يؤول لها في النهاية . وسبب اضطرابهم لهذا أنهم لم يريدوا متابعة فقهاء المسلمين »

ثم إن التقنين المدني الجديد رتب موضوع حق الانتفاع ترتيباً منطقياً ،
 فبدأ ببيان الأسباب التي يكسب بها حق الانتفاع ، ثم قرر ماذا يترتب على
 كسبه فعدد حقوق المنتفع والتزاماته ، وانتهى بذكر الأسباب التي ينقضي بها
 حق الانتفاع (١) .

٤٨٠ - أهمية المهرودة لحق الانتفاع في مصر وأهمية الكبيرة في فرنسا :
 وإذا كان لحق الانتفاع أهمية كبيرة في فرنسا ، فإن ذلك يرجع إلى
 أن التقنين المدني الفرنسي قرر حالات هامة فيها يكسب الشخص حق الانتفاع
 في مال غيره ، وهذه هي حالات حق الانتفاع المقررة بحكم القانون وتسمى
 بحقوق الانتفاع القانونية (usufruits légaux) . فالمادة ٣٨٤
 مدني فرنسي تجعل للأب وللأم ، على ترتيب خاص ، حق الانتفاع في أموال
 الأولاد حتى يبلغوا سن الثمانية عشرة أو حتى يصبحوا مأذونين (émancipés)
 إذا تم ذلك قبل بلوغهم سن الثمانية عشرة . والمادة ٧٥٤ مدني فرنسي تجعل لمن
 بقي حياً من الوالدين ، فيما يرثه من أموال ولده ، حق انتفاع في المال الذي
 لا تؤول له ملكيته كاملة . وقد جعلت قوانين فرنسية متعاقبة ، في ١٤ يولييه
 سنة ١٨٦٦ وفي ٩ مارس ١٨٩١ سنة وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٥ ، حق انتفاع
 لمن بقي حياً من الزوجين في بعض أموال الزوج الآخر . فشاع بموجب هذه
 الأحكام حق الانتفاع في التعامل ، وتكفل التقنين المدني الفرنسي بتنظيم هذا
 الحق تنظيمًا مفصلاً .

أما في مصر فالأمر مختلف ، إذ لا يوجد في القانون المصري حقوق انتفاع
 قانونية . ويندر في العمل أن يرتب شخص على ماله حق انتفاع لشخص آخر

= عمل ما قالوه من أن العين الموقوفة تكون على حكم ملك الواقف أو على حكم ملك الله ، بل
 كان هذا عندهم من قبيل الأمور التي وراء الطبيعة (الميتافيزيقية) والتي لا يأخذون بها في التشريع .
 وهم بالبداية مخطئون ، لأنهم ماداموا قد أقرروا نظام الوقف ينبغي لهم أن يأخذوا فيه بأقوال
 واضعيه ، وإلا فإن عبارتهم في المادة ١٧ المذكورة تحلل للجهة الخيرية أن تبيع حق الرقبة
 وأن تبيع الملك التام عند أيلولة إليها بعد انقراض ذرية الموصي لهم ، وهذا يخالف لأصول
 الوقف كل المخالفة ، (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٤ رقم
 ٦٨) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦
 ص ٥٢٠ - ص ٥٣١ .

يعقد أو بوصية ، ومتى كان حق الانتفاع نادرا على هذا النحو فإنه يندر تبعا لذلك أن يكسب بالشفعة أو بالتقادم مادام أنه ليس موجودا من الأصل . والذي يقع غالبا هو أن يبيع الشخص لأولاده أو لزوجته مالا له ، ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع في هذا المال طول حياته . وحتى في هذا الفرض ، كثيرا ما يعتبر التعامل غير متعلق بحق انتفاع جدي ، وإنما يعتبر وصية مشتررة أراد بها الموصي التحايل على أحكام الميراث والوصية ، وقد نصت المادة ٩١٧ مدني صراحة على هذه القرينة القانونية وإن قررت أنها تقبل لإثبات العكس . من أجل ذلك لم يسبب التقنين المدني المصري ، على خلاف التقنين المدني الفرنسي ، في تفصيل أحكام حق الانتفاع ، واقتصر على إيراد مبادئه الجوهرية ، ونجاريه في ذلك .

٤٨١ - فظة البحث : ونبحث حق الانتفاع في فروع ثلاثة :

(١) أسباب كسب حق الانتفاع . (٢) الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع .

(٣) انتهاء حق الانتفاع .

الفرع الأول

أسباب كسب حق الانتفاع

٤٨٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٥ مدني على ما يأتي :

١ - حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم .

٢ - ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا

موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن ، (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق في الفقرة الأولى منه لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، أما الفقرة الثانية في المشروع

التمهيدى فكانت تجري على الوجه الآتي : « ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين

، ينواه . وقد عدلت لجنة المراجعة هذه الفقرة الثانية بما جعلها مطابقة لما استقر عليه في التقنين

المدني الجديد ، ووافقت على النص تحت رقم ١٠٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس

النواب تحت رقم ١٠٥٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية

٦ ص ٥٤٢ - ص ٥٤٣) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٤٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٣ (١) .

وقد ساير النص في أسباب كسب حق الانتفاع أسباب كسب الملكية ، بعد أن حذف من أسباب كسب الملكية ما لا يتفق منها مع طبيعة حق الانتفاع . فالاستيلاء لا يرد على حق الانتفاع ، وكذلك الميراث لأن حق الانتفاع لا يورث إذ ينتهي حتماً بموت المنتفع ، وتستعصى طبيعة حق الانتفاع على الالتصاق . فيبقى إذن من أسباب كسب الملكية التي تنطبق على حق الانتفاع الوصية والعقد ، وقد جمعها النص في كلمة « العمل القانوني » ، والشفعة والتقادم (٢) .

٤٨٣ - كسب حق الانتفاع ابتداءً وكسبه انتقلاً : وحق الانتفاع ، كحق الملكية ، يمكن كسبه ابتداءً وكسبه انتقلاً . بل إن حق الانتفاع في هذا الصدد يتميز عن حق الملكية في أن الغالب فيه أن يكسب ابتداءً لا انتقلاً ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٣٧ - ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان ، ويمكن إنشاؤه لأجل أو بشرط . (والتقنين السوري مأخوذ من قانون الملكية العقارية اللبناني . وقد أغفل ذكر التقادم بين أسباب كسب حق الانتفاع ، ولم يذكر الشفعة لأنه لم يأخذ بها أصلاً) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٩ (مطابق ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من نص التقنين الليبي تصيف القانون إلى أسباب كسب حق الانتفاع) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٤٩ : يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقبها ، سواء كانت الأعيان عقاراً أو منقولاً .

م ١٢٥٠ : يكسب حق المنفعة بالعقد والوصية . ويجوز أيضاً أن يحتج الحائز لهذا الحق بالتقادم . (ولا يذكر التقنين العراقي الشفعة بين أسباب كسب حق الانتفاع ، لأنه في النصوص التي أوردها في الشفعة لا يميز أخذ حق الانتفاع بالشفعة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٣ : ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان ، ويمكن إنشاؤه إلى أجل أو بشرط . (والقانون اللبناني كالتقنين السوري لا يذكر بين أسباب كسب حق الانتفاع التقادم ولا الشفعة . والقانون اللبناني ، بخلاف التقنين السوري ، يأخذ بنظام الشفعة ، ويذكر في نصوص الشفعة جواز كسب حق الانتفاع بهذا السبب) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٢ .

في حين أن الغالب في حق الملكية أن يكسب انتقالا ولا يكسب ابتداء إلا بالاستيلاء .

فحق الانتفاع يكسب ابتداء بالوصية ، ويكسب انتقالا بالشفعة ، ويكسب ابتداء وانتقالا بالعقد والتقادم .

أما أن حق الانتفاع لا يكسب بالوصية إلا ابتداء ، فذلك لأنه لا يمكن الايصاء بحق انتفاع ينتقل إلى الموصى له بموت الموصى . فان حق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع ، فلا يجوز للمنتفع أن يوصى بحق الانتفاع لأن هذا الحق يكون قد انتهى بموته ، وعلى ذلك لا يكسب حق الانتفاع انتقالا بالوصية . وإنما يمكن بالوصية إنشاء حق الانتفاع ابتداء ، فيوصى المالك ملكية كاملة للعين بحق الانتفاع بها ، وبذلك ينشئ ابتداء بالوصية حق الانتفاع ولا ينقله . وأما أن حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا . فذلك لأن الشفعة إنما تنتقل للشفيع حق انتفاع قد تم إنشاؤه قبل أخذه بالشفعة . فأخذ حق الانتفاع بالشفعة إنما ينقل هذا الحق للشفيع ، ولا ينشئه .

والعقد تارة ينشئ حق الانتفاع وهو الغالب ، وطورا ينقل هذا الحق . فالمالك ملكية كاملة للعين ينشئ حق انتفاع على العين لمصلحة شخص آخر ، فيكون العند في هذه الحالة منشأ لحق الانتفاع ابتداء . ومتى أنشئ حق الانتفاع بأي سبب من أسباب إنشائه ، جاز للمنتفع أن ينقل حقه للغير يبيع أو مقايضة أو هبة ، فيكون العقد في هذه الحالة ناقلا لحق الانتفاع لا منشأ له . والتقادم كذلك تارة ينشئ حق الانتفاع وهو الغالب ، وطورا ينقل هذا الحق . فقد ينشئ شخص على عقار غير مملوك له حق انتفاع لشخص آخر ، ثم يضع هذا الأخير يده على حق الانتفاع معتقدا بحسن نية أنه تعامل مع المالك . فيستطيع أن يكسب حق الانتفاع إذا ظل حائزا إياه خمس سنوات بالتقادم المكسب القصير ، ويكون التقادم في هذه الحالة قد أنشأ حق الانتفاع ابتداء . وقد يكون هناك حق انتفاع ثم إنشاؤه ، ويوثر المنتفع العين المنتفع بها ، ثم يغير المستأجر صفة حيازته من كحيازة عرضية إلى حيازة أصلية بنية تملك حق الانتفاع ، فيتملكه بالتقادم المكسب الطويل ، فيكون التقادم هنا ناقلا لحق الانتفاع لا منشأ له . ويقوم مقام التقادم المكسب القصير في العقار الحيازة

محسنة في المنقول ، وصياني بيان ذلك عند الكلام في التقادم باعتباره سببا
لكسب حق الانتفاع (١) .

وبمخلص مما قدمناه أن هناك أسبابا أربعة لكسب حق الانتفاع : العقد
والوصية والشفعة والتقادم ، ويضاف إلى التقادم الحيازة في المنقول .

٤٨٤ - السبب الأول - العقر : يكون العقد سببا لكسب حق الانتفاع
في حالات ثلاث :

(الحالة الأولى) يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الإنشاء (par voie
de constitution) ، وهذا طريق مباشر . فيرتب مالك العين ، عقارا كانت
العين أو منقولا ، حق انتفاع على العين لمصلحة شخص آخر . ويكون ذلك
بعقد منشيء للحق العيني ، وأكثر ما يكون هذا العقد بيعا أو هبة ، وقد يكون
مقايضة أو وفاء بمقابل . أما البيع فنادر ، إذ يصعب تقدير قيمة حق الانتفاع
وهي موقوفة على حياة المنتفع كما قدمنا ، فيصعب تبعا لذلك تقدير الثمن .
وأما المقايضة فأندر ، ولكن يمكن تصور ذلك إذا تفاوض شخصان على عينين ،
فيكون لكل منهما حق الانتفاع في العين المملوكة للآخر . والهبة أقرب تصورا ،
فهب شخص لآخر حق الانتفاع في عقار أو منقول مملوك للأول ليجد المنتفع
بذلك موردا للعيش . فان كان الهبة واقعة على عقار وجب أن تكون بورقة
رسمية ، مالم تكن مسترة تحت اسم عقد آخر . وإن كانت واقعة على منقول
وجب أيضا أن تكون بورقة رسمية ، مالم يقبض المنتفع المنقول أو تكن الهبة
مسترة تحت اسم عقد آخر . وأيا كان العقد ، بيعا أو هبة أو مقايضة أو غير
ذلك ، فانه يجب تسجيله إذا رتب حق الانتفاع على عقار ، ولا ينشأ حق
الانتفاع بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا إذا سجل العقد طبقا
للقواعد المقررة في التسجيل .

ويحدد العقد مدة لحق الانتفاع ، وينتهي حق الانتفاع حتما بموت المنتفع
حتى قبل انقضاء المدة المحددة . فاذا لم يحدد العقد مدة ، عد حق الانتفاع
مفرا مدى حياة المنتفع (م ٩٩٣ / ١ مدني) . وإذا كان حق الانتفاع مرتبا

لمصلحة شخص معنوى ، فقد ورد في هذا الشأن نص في التقنين المدنى الفرنسى ،
 إذ تقضى المادة ٦١٩ من هذا التقنين بأن المدة لا يجوز أن تزيد في هذه الحالة
 على ثلاثين سنة . وورد في كل من التقنين المدنى السورى (م ٩٣٦) وقانون
 الملكية العقارية اللبنانى (م ٣٢) أنه لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح أشخاص
 معنويين (١) . ولما كان التقنين المدنى المصرى لا يشمل على مثل هذه
 النصوص ، وجب القول من جهة إن حق الانتفاع يجوز ترتيبه لصالح شخص
 معنوى ، ومن جهة أخرى إنه لا يوجد حد أقصى لمدة حق الانتفاع في هذه
 الحالة . وعلى ذلك يجوز في القانون المصرى ترتيب حق الانتفاع لصالح شخص
 معنوى ، ويحدد العقد مدته ، فإذا لم يحدد له مدة بنى طوال بقاء الشخص
 المعنوى ، ولكن ينتهى حق الانتفاع حيناً بانحلال الشخص المعنوى حتى قبل
 انقضاء المدة المحددة في العقد .

والعقد الذى أنشأ حق الانتفاع هو الذى يقرر حقوق المتفع والتزاماته
 وغير ذلك من الشروط ، على أن يستكمل كل ذلك بالأحكام الواردة في القانون
 والتى سيأتى بيانها (م ٩٨٦ مدنى) . وبصحة أن ينشئ العقد حق الانتفاع
 منجزاً ، كما يصح أن يعلقه على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، أو أن
 يقرنه بأجل واقف فلا يبدأ حق الانتفاع إلا في وقت معين . ويجب أن يكون
 حق الانتفاع دائماً مقترناً بأجل فاسخ ، فإن لم يحدد العقد هذا الأجل كان الأجل
 الفاسخ هو مدة حياة المتفع كما سبق القول . ويجوز أن يقترن العقد بشروط
 وتكاليف (charges) (٢) ، وبوجه خاص يجوز جعل حق الانتفاع غير
 قابل للتزول عنه ولا للحجز عليه ، فيكون حق الانتفاع كحق الملكية مقترناً
 بشرط مانع من التصرف ، ويراعى في ذلك نفس الأحكام التى سبق تفصيلها
 في حق الملكية (م ٨٢٣ - ٨٢٤ مدنى) (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٧٦؛ في الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المحظوظة بأن العقد الذى بموجبه يتسلم شخص أرضاً على
 أن يردّها في نهاية المدة المتفق عليها ، بما ينشئ فيها من أبنية وغراس دون أى تمويش عنها ،
 يعتبر عقداً منشأً لجنس انتفاع (استئناف محظوظ ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٩) .

(٣) بلانبول روبيرو وبوكار ٣ فقرة ٧٦٦ .

(الحالة الثانية) يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de retention) ، وهذا طريق غير مباشر . فينقل مالك العين بالعقد الرقبة للغير ، ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع مدى حياته في الغالب . ويكون العقد في هذه الحالة منشأ لحق الرقبة لا لحق الانتفاع ، وإنما يبرز حق الانتفاع بطريق غير مباشر عن طريق فصل الرقبة عن الملكية الكاملة ، فيكون حق الانتفاع بعد أن انفصلت عنه الرقبة للمالك الأصلي . وتكون الرقبة لمن تصرف له هذا المالك . وقد قدمنا (١) أن هذه الصورة هي التي تتحقق عادة في العمل في مصر ، وأنه يقصد بها غالباً التحايل على أحكام الميراث والوصية ، ومن أجل ذلك وضعت المادة ٩١٧ مدني قرينة قانونية على أن التصرف على هذا النحو يعتبر وصية مستترة ما لم يقم الدليل على العكس . فإن قام الدليل على العكس ، كان الحكم هو ما قدمنا ، وكان العقد هو الذي أنشأ حق الرقبة انفصالها عن الملكية الكاملة ببرز حق الانتفاع (٢) . أما إذا لم يقم الدليل على العكس ، فالتصرف في مجموعه يعتبر وصية ، ويبقى المتصرف مالكا للعين ملكية كاملة مدة حياته ، ويجوز له الرجوع عن التصرف في أي وقت لأن الوصية يجوز الرجوع فيها . فإن مات دون أن يرجع عن الوصية ، آلت العين كاملة للموصي له ، وتسرى سائر أحكام الوصية . وعلى هذا النحو لا تنفصل الرقبة عن الملكية الكاملة ولا يبرز حق الانتفاع في أي وقت ، لا في أثناء حياة المتصرف ولا بعد موته . وسواء اعتبر التصرف تصرفاً حال الحياة أو اعتبر وصية مستترة ، فإنه إذا وقع على عقار وجب تسجيله طبقاً للقواعد المقررة في التسجيل ، إذ أنه يكون واجب التسجيل في الحالين .

(الحلقة الثالثة) ينقل العقد فيها حق انتفاع ثم إنشاؤه من قبل ، ويكون العقد في هذه الحالة ناقلاً لحق الانتفاع (par voie d' aliénation) لا منشأ له . وسرى (٣) ، عند الكلام في حقوق المتفع ، أن لهذا الأخير أن يتصرف في حق الانتفاع بالبيع والهبة وغير ذلك من أنواع التصرف . ولكن

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٠ .

(٢) أنظر استئناف مخطوط ١٧ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧١ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٦ .

(٣) أنظر مابلي فقرة ٥٠٥ .

ينتهى حق الانتفاع حتماً بموت المتفع الأصلي ، أما موت من تصرف له المتفع الأصلي فلا ينهى الحق بل ينتقل الحق بموت إلى ورثته ، وهذه صورة خاصة بورث فيها حق الانتفاع (١) . ويبقى المتفع الأصلي ، بالرغم من نزوله عن حق الانتفاع للغير ، ملتزماً بجميع التزامات المتفع . وبعد شخصه هو ، لا شخص من تصرف له ، محل الاعتبار في انتهاء حق الانتفاع بالموت ، فإذا مات انتهى حق الانتفاع ولو بقي المتصرف له حياً . ومنعود لهذه المسألة عند الكلام في أعمال التصرف التي تصدر من المتفع (٢) .

٤٨٥ العيب الثاني - الوصية : وينشأ حق الانتفاع ابتداء بالوصية ،

وقد قدمنا أن حق الانتفاع لا يكسب بالوصية الا ابتداء (٣) . وكسب حق الانتفاع بالوصية أكثر وقوعاً في العمل من كسبه بالعقد . ويتم ذلك بأحد طريقين : إما بأن يوصى مالك العين بحق الانتفاع بها لشخص معين فتبقى الرقبة للورثة ، وهذا يقابل كسب حق الانتفاع بالعقد بطريق الإنشاء (par voie de constitution) ، أو بأن يوصى مالك العين بالرقبة لشخص معين فيبقى حق الانتفاع للورثة وهذا يقابل كسب حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de rétention)

وتسرى أحكام الوصية من حيث الشكل ، ومن حيث النصاب الجائز الإعطاء به ، ومن حيث انتقال الحق إلى الموصى له ببقائه حياً بعد موت الموصى ، ومن حيث وجوب التسجيل إذا كانت الوصية واقعة على عقار ، ومن حيث سائر أحكام الوصية . وتحدد الوصية مدة حق الانتفاع على التفصيل الذي ذكرناه في تحديد المدة بالعقد ، وتقرر حقوق المتفع والتزاماته على أن تستكمل ذلك بالأحكام الواردة في القانون ، ويصح أن تطلق الوصية حق الانتفاع على شرط فاسخ أو على شرط واقف أو تقرنه بأجل واقف ، كما يصح أن تقرنه بشروط وتكاليف ومنها جعله غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه ، وذلك كله على النحو الذي قدمناه فيها إذا كان سبب كسب حق الانتفاع هو العقد .

(١) أنظر إسماعيل غانم ص ١٠ .

(٢) أنظر مايل فقرة ٥٠٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٣ .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ مدني ، فيما رأينا (١) ، على ما يأتي :

« ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين ، إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن ، - والمفروض أن الموصي يوصي بحق الانتفاع في العين لشخصين ، أو أكثر على التعاقب بحيث إذا انتهى حق انتفاع الأول بانقضاء مدته أو بموت المنتفع ، نشأ حق انتفاع جديد لا صلة له بحق الانتفاع الأول ولا يعتبر استمرارا له لمصلحة الشخص الثاني ، حتى إذا انتهى حق الانتفاع الثاني بانقضاء مدته أو بموت المنتفع الثاني نشأ حق انتفاع ثالث لاصلة له بحق الانتفاع الثاني لمصلحة الشخص الثالث ، وهكذا . وغنى عن البيان أنه كما يمكن الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين على هذا النحو ، يمكن من باب أول الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص مجتمعين في وقت واحد ، فيكون حق الانتفاع شائعا بينهم . فإذا كانوا ثلاثة مثلا ، وكانت حصصهم متساوية بحسب الوصية ، كان لكل منهم حق الانتفاع بثلث العين شائعا في العين كلها . وينتهي حق الانتفاع بالنسبة إليهم جميعا بانقضاء مدته المحددة في الوصية ، وينتهي حتما بالنسبة إلى الثلث الشائع من العين إذا مات أحد منهم ، فتصبح ورثة الموصي مالكة ملكية كاملة لهذا الثلث ولها ملك الرقبة في الثلثين الباقيين .

وفي حالة ما إذا كان الإيصاء لأشخاص متعاقبين ، فإن الأول منهم مستقل وحده بحق الانتفاع ولا يشاركه الآخرون فيه ، وذلك إلى أن ينتهي هذا الحق . ثم يعقبه حق الانتفاع الثاني ، فحق الانتفاع الثالث ، وهكذا ، كما سبق القول . فإذا كان الأشخاص المتعاقبون ثلاثة ، كان هناك حقوق انتفاع ثلاثة تتوالى وكل منها مستقل عن الحقين الآخرين ، ويكون كل حق منها مستمدا مباشرة من الوصية التي أنشأته لا من حق الانتفاع الذي سبقه . ويترتب على ذلك أن كلا من هؤلاء الأشخاص الثلاثة الموصى لهم يجب أن يكون ، كما تقول المادة ٩٨٥ / ٢ مدني فيما رأينا ، موجودا على قيد الحياة وقت الوصية ، أو في القليل يجب أن يكون حملا مستكنا في هذا الوقت إذ

(١) انظر آنفا فقرة ٤٨٢ .

تجوز الوصية للحمل المستكن (١) . فيكون الموصى قد أوصى بحق الانتفاع مباشرة لكل من هؤلاء الثلاثة وهم موجودون على قيد الحياة وقت أن أوصى ، فأنشأ بذلك ثلاثة حقوق انتفاع مستقلة بعضها عن بعض ، الأول منها منجز ، والثاني مقترن بأجل واقف هو انتهاء الأول ، والثالث مقترن أيضاً بأجل واقف هو انتهاء الثاني . وتكون ورثة الموصى ، طوال المدة التي تبقى فيها حقوق الانتفاع الثلاثة المتعاقبة ، ما لकिन لرقبة العين ، حتى إذا انتهى حق الانتفاع الثالث والأخير عادت لهم ملكية العين كاملة .

وشروط وجود الموصى لهم على قيد الحياة وقت الوصية شرط أساسي . وهو الذي يميز هذا التصرف عن الوقف . ففي الوقف ينتقل الانتفاع بالعين الموقوفة من مستحق إلى من يليه من المستحقين ، دون أن يشترط وجود جميع المستحقين المتعاقبين على قيد الحياة وقت الوقف . وهذه هي ميزة يختص بها الوقف ، كما يختص في إنشائه وفي الآثار التي تترتب عليه بأحكام خاصة قررتها الشريعة الإسلامية . أما هنا فنحن في صدد وصية بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، فتسرى عليها أحكام الوصية وأحكام حق الانتفاع لا أحكام الوقف . ولو لم يشترط وجود الأشخاص المتعاقبين على قيد الحياة وقت الوصية ، لأمكن أن تكون هذه الوصية وقفاً ، ولأمكن للموصى أن يسلك إلى الوقف عن غير طريقه . ولذلك لا يجوز الإيضاء بحق الانتفاع لشخص معين ، ثم لورثته من بعده دون أن يتعين أشخاص الورثة ودون أن يكونوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، إلا إذا سلك الموصى طريق الوقف لتحقيق هذه الغاية (٢)

(١) وقد كانت المادة ٣٢/١٦ من التقنين المدني السابق تنص على أنه « لا يعطى ذلك الحق (حق الانتفاع) إلا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، وينتهي على كل حال بوفاته إن لم يكن له ميماد محدد قبل الوفاة المذكورة » . فالنص يشترط ألا يعطى حق الانتفاع إلا لشخص موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، فيقع لبس فيما إذا كانت الوصية به تجوز للحمل المستكن وهل يمكن اعتبار الحمل المستكن شخصاً موجوداً على قيد الحياة . فجاه نص المادة ٢/٩٨٥ من التقنين المدني الجديد حاسماً لهذه المسألة ، إذ قال صراحة إنه تجوز الوصية بحق الانتفاع للحمل المستكن (أنظر عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢١٦ ص ٢٥٩) .

(٢) وفي الشريعة الإسلامية يشترط في الموصى له أن يكون معلوماً وأن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً ، فإن لم يكن معيناً كالوصية لأولاد فلان فلا يشترط أن يكون موجوداً عند

٤٨٦ - السبب الثالث - الشفعة : رأينا عند الكلام في الشفعة أن المادة

٩٣٦ مدني تنص على ما يأتي : « يثبت الحق في الشفعة : (ا) لمالك الرقبة . إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه . (ب) للشريك في الشيوع ، إن بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي . (ج) ... » . ويظهر في وضوح أن الكلام هنا عن حق انتفاع قائم قد تم إنشاؤه . فيؤخذ بالشفعة بعد تمام الإنشاء . وتكون الشفعة إذن سببا لكسب حق الانتفاع انتقالا من المنتفع إلى الشفيع . لاسبيا لإنشاء حق الانتفاع ابتداء . وقد قدمنا أن حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا . والشفعة لا تنشئ حق الانتفاع ، وإنما تنقل حق منتفع إلى منتفع آخر (١) .

فمالك الرقبة ، إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة ، له أن يأخذ حق الانتفاع المبيع بالشفعة ، ومن ثم تكون الشفعة سببا من أسباب كسب حق الانتفاع . وفي هذا الفرض إذا أخذ مالك الرقبة حق الانتفاع بالشفعة ، اجتمع في يد شخص واحد الرقبة وحق الانتفاع ، فينتهي حق الانتفاع باتحاد الذمة ، ويصبح مالك الرقبة مالكا للعقار ملكية كاملة ، وقد سبق أن فصلنا القول في ذلك عند الكلام في الشفعة (٢) .

وإذا كان حق الانتفاع شائعا بين شخصين ، وباع أحدهما حصته الشائعة لأجنبي ، فللشريك الآخر أن يأخذ هذه الحصته الشائعة بالشفعة ، ما لم يأخذها مالك الرقبة إذ هو مقدم في المرتبة ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في الشفعة (٣) . فإذا لم يتقدم مالك الرقبة لأخذ الحصته الشائعة في حق الانتفاع بالشفعة ، وأخذها الشريك المشتاع ، كانت الشفعة هنا أيضا سببا لكسب جزء شائع في حق الانتفاع .

= الوصية ولا وقت موت الموصي (أنظر آنفاً فقرة ٧٤) - وانظر المذكرة الإيضاحية لت شروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٣ .

وانظر في القانون الفرنسي أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٨ ص ٦٣٦ - بودري وشرفو فقرة ١٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٧ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٨٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٨١ .

٤٨٧ - السبب الرابع - التفادم : ويقصد بالتفادم هنا التفادم المكسب

القصر في العقار ، وتضاف إليه الحيازة في المنقول ، وكذلك التفادم المكسب الطويل في العقار والمنقول .

فالتفادم المكسب القصر في العقار يكسب به حق الانتفاع المترتب على عقار . ويتحقق ذلك إذا رتب شخص على عقار لا يملكه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر حسن النية ، فإذا بقي هذا الشخص الآخر حائزاً لحق الانتفاع خمس سنوات ، فإنه يكسبه بالتفادم القصر ، ويكون هذا التفادم إذن سبباً في كسب حق الانتفاع ابتداء ، أى في إنشاء حق الانتفاع .

وإذا فرض أن هناك منقولاً بدلاً من العقار ، ورتب عليه غير المالك حق انتفاع لمصلحة شخص آخر ، فحيازة هذا الشخص لحق الانتفاع على المنقول تحسن نية يكسبه حق الانتفاع بمجرد الحيازة ، فتكون الحيازة في هذا الفرض سبباً لكسب حق الانتفاع ابتداء .

أما كسب حق الانتفاع بالتفادم الطويل فيصعب تصور وقوعه عملاً . وإذا حاز شخص عقاراً أو منقولاً وهو سىء النية ، وبقي حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، فهو لا يقف بداهة عند القول بأنه إنما حاز حق انتفاع فحسب ، ما دام الباب أمامه مفتوحاً لنقول بأنه حاز حق ملكية كاملة ، وأنه كسب ملكية العقار أو المنقول ، لا حق انتفاع فحسب ، بالتفادم الطويل . وتفترض عادة صورة أخرى ، فيها يرتب غير المالك على العقار أو المنقول حق انتفاع لشخص سىء النية ، فيبقى هذا الشخص حائزاً لحق الانتفاع مدة خمس عشرة سنة ، فيكسب هذا الحق ابتداء بالتفادم الطويل (١) . وهذا الفرض أيضاً بعيد الوقوع في العمل . ويمكن أن نتصور فرضاً أقرب وقوعاً ، هو أن يؤجر صاحب حق الانتفاع حقه ، ثم يغير المستأجر صفة حيازته لحق الانتفاع الذي استأجره من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية ، ويستمر حائزاً لحق الانتفاع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة ، فيكسب الحق بالتفادم الطويل ، ويكون التفادم هنا سبباً لنقل حق الانتفاع لا لإنشائه ، إذ ينتقل

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٠ - إساعيل غانم ص ٨ - عبد المنعم البدر اوى

هذا الحق من صاحبه الأصل وهو المؤجر إلى المستأجر الذي كسبه بالتقادم .

٤٨٨ - **مطلب المتفيع بحق الانتفاع بعد كسبه** : وإذا كسب شخص

حق الانتفاع بسبب من أسباب كسبه التي سبق بيانها ، فإنه يستطيع أن يطالب بهذا الحق عن طريق دعويين ، الأولى عينية والأخرى شخصية .

فالدعوى العينية تكون للمتفيع ضد أى حائز لحق الانتفاع ، سواء كان هذا الحائز هو الذى أعطى حق الانتفاع للمتفيع أو كان وارثاً له ، أو كان من الغير . فالمتفيع يتتبع حقه فى أى يد كان هذا الحق ، كما يتتبع المالك ملكه . وكما يرفع المالك دعوى الملكية على أى حائز وتسمى دعواه بدعوى الاستحقاق (action en revendication) ، كذلك يرفع المتفيع دعوى حق الانتفاع على أى حائز وتسمى دعواه بدعوى الإقرار بحق الانتفاع action confessoire d'usufruit (١) .

والدعوى الشخصية تعطى للمتفيع إذا كان قد كسب حق الانتفاع بعقد فيطالب من تعاقد معه ، بدعوى العقد ، أو كسبه بوصية فيطالب الورثة بدعوى الوصية ، أو كسبه بالشفعة فيطالب البائع لحق الانتفاع بدعوى التسليم المستمدة من عقد البيع . والدعوى الشخصية لا تجب الدعوى العينية وإنما توجد إلى جانبها .

ويتسلم المتفيع العين بالحالة التى تكون عليها وقت أن يتسلمها ، وليس له أن يطلب من مالك الرقبة أن يسلمها إياه فى حالة جيدة (٢) . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتفيع مع مالك الرقبة على أن يسلمه العين فى حالة جيدة (٣) .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٧٢ - وإذا رفع المالك دعوى على الحائز الذى يدعى أن له حق انتفاع على العين ، يتمسك فيها بإنكار حق الانتفاع على الحائز ، سميت الدعوى بدعوى إنكار حق الانتفاع action négatoire d'usufruit .

(٢) أنظر المادة ٦٠٠ مدنى فرنسى .

(٣) ولا يجوز لمالك الرقبة أن يتصرف فى العين لمصلحة خاصة مع الإضرار بمصلحة المتفيع ، فلا يجوز له مثلاً أن يبيع المقار المتفيع به لإجراء قسمة التصفية (licitation) ، بحيث ينحول حق المتفيع من المقار إلى ما يقابله من الثمن . وإذا تصرّف المتفيع من ذلك ولم يقبله ، فإن حق انتفاعه على المقار يثبت بالرغم من البيع (أوبرى وردو ٢ فقرة ٢٣٠ هامش ٢ مكرز - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٧٣) .

الفرع الثاني

الاثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع

المبحث الأول

آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع

٤٨٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٦ مدني على ما يأتي :

« يراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذي أنشأ حق الانتفاع وكذلك الأحكام المقررة في المواد الآتية » (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٨ / ١٩ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل . وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩١ . وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٥١ . وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

وبفهم من هذا النص أن حقوق المنتفع والتزاماته ، وهذه هي الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع بالنسبة إليه ، ترد عادة في السند الذي أنشأ حق الانتفاع . فترد في العقد إذا كسب حق الانتفاع بعقد ، أو في الوصية إذا كسب بوصية ، أو في عقد البيع المشفوع فيه إذا كسب بالشفعة . أما إذا كسب حق الانتفاع بالتقادم ، فأعمال الحيازة التي أدت إلى التقادم هي التي تحدد مدى حق الانتفاع الذي كسب بهذا السبب .

ولإلى جانب ما يرد في السند ، توجد أحكام قررها القانون تجب مراعاتها . وأغلب هذه الأحكام لا تعتبر من النظام العام ، فتراعى ما لم يرد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٤ - ص ٥٣٥) .

(٢) انتقنين المدني السابق م ٣٨/١٩ : تراعى فيما يكون لصاحب حق الانتفاع من الحقوق وما يترتب عليه من الواجبات شروط العقد المترتب عليه حق الانتفاع والأصول المقررة في المواد الآتية . (وحكم التقنين المدني السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٩١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

في السند ما يخالفها . وبعضها يعتبر من النظام العام فتجب مراعاته حتماً ، ويبطل ما يرد مخالفاً له في السند . والأصل أن الأحكام التي وردت في القانون ليست من النظام العام ، فيجوز أن يرد في السند ما يخالفها ويعمل بما ورد في السند . أما الأحكام التي تعتبر من النظام العام ولا تجوز مخالفتها ، فطبيعتها تمنع عليها وتسهل معرفتها .

ونرجع إلى الأحكام التي وردت في القانون لتحديد آثار قيام حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع ، وهذه الآثار تتمثل في حقوق تثبت له ، وفي التزامات تترتب في ذمته . أما الحقوق التي تثبت له ، فترجع كلها إلى ما له على العين من حق عيني هو حق الانتفاع ، فهي تبين مدى هذا الحق . وأما الالتزامات التي تترتب في ذمته ، فقد تنشأ من سند حق الانتفاع . والالتزامات التي وردت في الأحكام التي قررها القانون ، وهي التي تعيننا هنا ، تنشأ من واقعة مادية هي أن رقبة العين المنتفع بها في يد المنتفع ، فيوجب عليه القانون التزامات تهدف إلى المحافظة على العين والعناية بها حتى ترد إلى صاحبها . فهي إذن التزامات مصدرها القانون ، وتترتب في ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة .

ونتكلم في حقوق المنتفع ، ثم في التزاماته .

المطلب الأول

حقوق المنتفع

٤٩٠ - مدى هذه الحقوق : للمنتفع حق عيني في العين المنتفع بها هو

حق الانتفاع ، ومنه تنفرع جميع الحقوق للمنتفع كما قدمنا . وحق الانتفاع يجزئ حق الملكية . فهذا الحق الأخير يشتمل على عناصر ثلاثة هي الاستعمال والاستغلال والتصرف ، يقتطع منها حق الانتفاع العنصرين الأولين وهما الاستعمال والاستغلال . ويبقى العنصر الثالث وهو التصرف للمالك الرقبة .

وما للمنتفع من حق استعمال الشيء المنتفع به وحق استغلاله يوليه على الشيء سلطة تخول له أن يقوم بإدارته ، وأن يتصرف في حق الانتفاع دون حق الرقبة ، وأن يباشر ما يقتضي كل ذلك من الدعاوى .

فتكلم في حق المتفع في استعمال الشيء واستغلاله ، ثم في مدى سلطة المتفع على الشيء المتفع به .

§ ١ - من المتفع في استعمال الشيء واستغلاله

٤٩١ - من المتفع في استعمال الشيء : وللمتفع الحق في استعمال

الشيء المتفع به على النحو الذي يستعمل به المالك ملكه ، فقد حل المتفع بموجب حق الانتفاع محل المالك في استعمال الشيء . فله إذن أن يستعمل الشيء في كل ما أعد له ، وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه . وعلى ذلك يستطيع أن يستعمل الشيء استعمالاً شخصياً ، فإذا كان داراً كان له أن يسكنها ، أو سيارة كان له أن يركبها ، أو ملابس كان له أن يرتديها ، أو مجوهرات كان له أن يتقلدها (١) . ولكنه ، على خلاف المالك ، لا يستطيع أن يصل في الاستعمال إلى حد استهلاك الشيء أو إتلافه ، فانه ملزم بالمحافظة عليه لرده بعد انتهاء حق الانتفاع (٢) . ويتقيد المتفع ، كما يتقيد المالك ، بالقيود التي فرضها القانون في استعمال الشيء . فلا يجوز أن يفتح مطلاً على الجار إلا في المسافة التي حددها القانون ، ولا أن يستعمل العقار الذي ينتفع به استعمالاً من شأنه أن يضر بالجار ضرراً غير مألوف .

وكما يجوز للمتفع أن يستعمل الشيء ذاته ، يجوز له أيضاً أن يستعمل ملحقاته . فله أن يستعمل حقوق الارتفاق التابعة للأرض المتفع بها ، من

(١) وإذا كان الشيء المتفع به أرضاً زراعية ، كان له أن يزرعها بنفسه أو بواسطة غيره ، ولكن هذا يكون استغلالاً لا استعمالاً . وللمتفع الحق في الصيد والقنص في الأرض المتفع بها هو وغيره من يدعوهم لذلك ، ويكون هذا استعمالاً . وذلك مالم يكن المالك قد سبق له إيجار الحق في الصيد والقنص ، فيجب عنده على المتفع احترام عقد الإيجار ، ولكن يكون له الحق في الأجرة طول مدة الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٥ ص ٧٦٨) .

(٢) وقد لا يستعمل المتفع الشيء بنفسه ، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعاً دون مقابل ، كأن يستضيف بعض ذويه للإقامة في الدار التي ينتفع بها ، أو يعير السيارة التي له فيها حق الانتفاع . أما إذا نزل عن الاستعمال لغير بمقابل ، فإن هذا يكون استغلالاً لا استعمالاً (أنظر في حق الاستعمال المخول للمالك الوسيط ٨ فقرة ٢٩٩) . وقد قدمنا أنه إذا كان الشيء المتفع به قابلاً للاستهلاك كما هو الأمر في شبه حق الانتفاع ، انتقلت ملكية الشيء إلى المتفع ، وجاز له استهلاكه والتصرف فيه ، على أن يرد مثله أو قيمته عند نهاية حق الانتفاع (أنظر أنفاً فقرة ٤٧٧) .

شرب ومجرى ومسيل ومزرو وغير ذلك (١) . وله كذلك أن يستعمل المنقولات الملحقة بالشيء ، سواء اعتبرت عقارات بالتخصيص أو لم تعتبر ويمتد حقه إلى ما يتراكم من الطمي بطريقة تدريجية غير محسوسة ملاصقة للأرض المنتفع بها (alluvion) إذ تصبح الأرض المتكونة من هذا الطمي ملكاً لمالك الأرض (م ٩١٨ مدني) (٢) فيشملها حق الانتفاع . أما طرح النهر والجزائر التي تتكون في مجراه ، فلا يتناوذا حق الانتفاع لأنها لا تصبح ملكاً لمالك الأرض ، بل تخضع لقوانين خاصة (م ٩٢١ مدني) (٣)

٤٩٢ - من المنتفع في استعمال الشيء : ويحول حق الانتفاع للمنتفع

أن يستغل الشيء ، والحق في الاستغلال هو الذي يميز حق الانتفاع عن حق الاستعمال وحق السكنى حيث لا يجوز فيهما للمنتفع أن يستغل الشيء . والاستغلال قد يكون مباشراً ، كأن يزرع المنتفع بنفسه الأرض التي ينتفع بها ويحني ثمارها . وقد يكون غير مباشر ، عن طريق جعل الغير يحني ثمار الشيء ويدفع للمنتفع مقابلاً لذلك . فالمنتفع بمنزل يؤجره للغير ، فيحني ثماره في صورة الأجرة . والمنتفع بأرض زراعية يؤجرها لمن يزرعها ، ويقبض الأجرة هو أيضاً وهذه هي غلة الأرض . وقد يؤجر المنتفع الأرض الزراعية مزارعة ، فيحصل على جزء من المحصول هو غلة الأرض بالنسبة

(١) وتنص المادة ٩٤٣ من التقنين المدني السوري على ما يأتي : « للمنتفع حق الاستعمال القائم باستخدام العقار لاستمتاعه الذاتي ، أو لصالحه الشخصي . ويكون هذا الحق شاملاً شمول حق مالك العقار ، ويدخل في ذلك استعمال حقوق الارتفاق ، وكذلك حق الصيد والقتل ، مالم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الانتفاع » . وتنص المادة ٣٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أن « للمنتفع حق الاستعمال ، أي استعمال العقار لمنفعته الذاتية أو لمصلحته الشخصية . ويذهب هذا الحق إلى الحد الذي يذهب إليه حق صاحب الملك ، ويشمل حق استعمال الارتفاق وحق الصيد والقتل ، مالم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الارتفاق » .

وانظر بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٥١٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٩٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٩٥ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٠ - ص ٦٦١ -

بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٧٥ ص ٧٦٩ .

إليه ، دون أن يقوم هو نفسه بالزراعة (١) . ويرد على الاستغلال ، كما يرد على الاستعمال ، قيود يفرضها القانون . من ذلك ما يفرضه قانون إيجار الأماكن من تعيين حد أقصى للأجرة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر حتى بعد انتهاء الإيجار فلا يستطيع طلب الإخلاء إلا لأسباب معينة حددها القانون . ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح الزراعي من تحديد أجرة الأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر في الأرض . وفي المزارعة لا يجوز للمتفع أن يأخذ أكثر من نصف المحصول ، ويجب أن يبقى للمزارع نصف المحصول على الأقل (٢) .

٤٩٣ - من المتفع في الاستغلال يجعل له الحق في الثمار - نص

قانوني : وقد رأينا مما تقدم أن حق المتفع في استغلال الشيء المتفع به يتفرع عنه حقه في الحصول على ثماره . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٨٧ مدني إذ تقول :

« تكون ثمار الشيء المتفع به من حق المتفع بنسبة مدة انتفاعه ، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » (٣) .

(١) وقد يستغل المتفع المياه المعدنية الموجودة في الأرض التي ينتفع بها ، بأن يبيعها ويقبض ثمنها ويعتبر هذا الثمن غنة للأرض . أنظر في استغلال المالك للملكة الوسيط ٨ فقرة ٢٠٢ . (٢) وقد يضع القانون قيوداً على زراعة الأرض ، فيحدد مثلا المساحة التي يجب أن تزرع قطناً ، ويحظر زراعة الأرز إلا في مناطق معينة . وإذا أراد المتفع استغلال محل مقلق للراحة أو ضار بالصحة ، وجب عليه استيفاء شروط معينة والحصول على ترخيص إداري . كذلك إذا أراد المتفع استغلال صيدلية ، وجب عليه أن يقيم فيها صيدلياً مؤهلاً ، إلى غير ذلك من قيود متنوعة ترد على الاستغلال . أنظر في القيود التي ترد على استغلال المالك للملكة الوسيط ٨ فقرة ٣٠٣ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤١ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : « تكون ثمار الشيء المتفع به من حق المتفع على قدر مدة انتفاعه ، كما أن للمتفع الحق في الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوقي التي كسبها الغير ، أما الثمار التي تكون قائمة وقت انتهاء حق الانتفاع فهي من حق المالك ، عل أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفق » . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة تمديلاً جعلها مطابقة لما استقرت عليه في التفتيش المدني الجديد ، وأصبح رقمها ١٠٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٥ - ص ٥٣٧) .

وقد سبق أن ميزنا بين الثمار (fruits) والمنتجات (produits) .
فالثمار هي ما ينتجه الشيء من غلة دورية متجددة . وهي مع ثمرتها عن
الشيء لا تمس أصله ولا تنتقص منه . والمنتجات هي ما يخرج من الشيء في
أوقات متقطعة غير منتظمة ، فهي على خلاف الثمار غير دورية ولا متجددة ،
وتمس أصل الشيء وتنتقص منه (١) . وسبق أيضاً أن قدمنا الثمار إلى ثمار
طبيعية ، وثمار صناعية أو مستحدثة ، وثمار مدنية (٢) .

= ولما قبل لنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٤٤ : ١ - للمتعين الحق بثمار العقار ، أى بالحصوات
الطبيعية أو النقدية التي ينفلها العقار في فترات معينة منتظمة بدون أن تنقص تلك الثمار شيئاً
من جوهر العقار ، ويدخل في هذه الحصوات بدل تأجير حق الصيد والنقص . ٢ - ويدخل
في حكم الثمار حصوات المناجم المكشوفة والمناجم المستورة والمقالع ، إذا كانت هذه الحصوات
مائدة لمالك العقار ، بشرط أن يكون المنجم أو المقلع قد فتح قبل بدء الانتفاع ، والأشجار
إذا كانت تفل بأجال منتظمة لاستهلاك حطبها أو بيعها .

م ٩٤٥ : ١ - في بدء الانتفاع وعند نهايته ، يصير توزيع الثمار التي لم تكن قد جمعت
بند أو ما كان منها باقياً بدون جمع بين المتعني ومالك العقار بنسبة المدة التي كان فيها حق
الانتفاع قائماً والمدة التي لم يكن قائماً فيها ، مع مراعاة مدة الإنتاج السنوية أو غير السنوية
المقابلة للثمار . ٢ - ليس لمالك العقار على المتعني ، ولا للمتعني على مالك العقار ، حق استرداد
شيء من نفقات الحراثة ، وإنما يجب له ثمن الأسمدة والبذار التي تكون قد استعملت لتحضير
الثمار القائمة على الأرض عند ابتداء الانتفاع أو عند نهايته .

(والتقنين السوري اتبع طريقة معقدة في توزيع الزرع القائم وقت بداية الانتفاع
أو عند نهايته بين المالك والمتعني) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٢ : للمتعني أن يستعمل الشيء المتعني به وثوابه ، وله
أن يستولى على ثماره مدة انتفاعه . وله نتائج المراسى ، وعليه أن يعرض منها ما نفق من الأصل .
(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٤٠ (مطابقة للمادة ٩٤٤ مدني سوري وقد أخذت هذه
المادة الأخيرة منها) .

م ٤١ (مطابقة للمادة ٩٤٥ مدني سوري وقد أخذت هذه المادة الأخيرة منها) .

(وقد أخذ التقنين السوري من القانون اللبناني ، وما قبل هناك يقال هنا) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ - وانظر الرئيسة ٨ فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٦٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ .

والأصل أن يكون للمنتفع الحق في الثمار ، لا في المنتجات . ويكون له الحق في جميع الثمار ، سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية . ويدخل في الثمار المدنية ، فتكون من حق المنتفع ، فوائد رؤوس الأموال ، سواء نتجت عن قرض ، أو عن إيراد مرتب ، أو عن أسهم أو حصص في الشركات ، فتكون أرباحها للمنتفع . ويستحق المنتفع الثمار ، كما تقول المادة ٩٨٧ سالفه الذكر ، بنسبة مدة انتفاعه .

فاذا كانت الثمار مدنية ، كان من اليسير حساب ما يستحقه المنتفع من هذه الثمار . ففى أجرة الدار مثلا ، يستحق المنتفع الأجرة شهراً فشهراً إذا كان ميعاد استحقاقها شهرياً . فاذا بدأ حق الانتفاع في اليوم السادس عشر من الشهر مثلا ، كان ما يستحقه هو أجرة باقى أيام الشهر ثم أجرة الشهور التالية إلى أن ينتهى حق الانتفاع . فاذا انتهى في اليوم المباشر من الشهر مثلا ، استحق المنتفع عن هذا الشهر الأخير أجرة عشرة الأيام التى انتهى بانقضائها حقه . أما إذا كانت الثمار طبيعية أو صناعية ، فقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٨٧ مدنى سالفه الذكر تنص على أن للمنتفع الحق في الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير ، أما الثمار التى تكون قائمة وقت انتهاء الانتفاع فهى من حق المالك ، على أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفق . . وحسب هذا النص يكون للمنتفع الحق في الثمار الطبيعية والصناعية ما كان قائماً منها في الأرض وقت بدء الانتفاع ، على أن يرد للمالك ما سبق له أن أنفق في إنتاج هذه الثمار ، ثم يكون له الحق فيما يتجدد من هذه الثمار طول مدة الانتفاع ، وهو الذى ينفق طبعاً على إنتاجها . فاذا انتهى حق الانتفاع ، وكان في الأرض زرع قائم وقت انتهاء الحق ، فالزرع للمالك ، وعليه أن يرد للمنتفع ما سبق له أن أنفق في إنتاجه (١) . ولكن المشروع

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى فلا يجعل المالك يرجع بما أنفق على إنتاج الزرع القائم في الأرض وقت بدء حق الانتفاع ، ولا يجعل المنتفع يرجع بما أنفق على إنتاج الزرع القائم في الأرض وقت انتهاء حق الانتفاع ، فكأنه يجعل ما أنفق المالك قصاصاً فيما أنفق المنتفع . وهذا يصح لو أن هناك زرعاً قائماً وقت انتهاء حق الانتفاع بقدر الزرع الذى كان قائماً وقت بدء الانتفاع . ولكن يقع كثيراً أن الأمر لا يكون على هذا النحو ، فيخسر المالك أرباحه المنتفع بحسب الأحوال (انظر م ٨٥ مدنى فرنسى - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٠ ص ٧٧٤) . أما الثمار المدنية فتكسب يوماً يوماً في التقنين الفرنسى ، كما هو الأمر في التقنين المصرى (انظر م ٨٦ مدنى فرنسى) .

التهديد لنص المادة ٩٨٧ مدني عدل في لجنة المراجعة ، واستقر نهائياً على ما هو عليه من أن « ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه » ، وذلك سواء كانت الثمار مدنية أو صناعية أو طبيعية (١) . فأصبح من المتعين أن تكون الثمار الطبيعية والصناعية مستحقة للمنتفع « بنسبة مدة انتفاعه » (٢) . فإذا لم يكن في الأرض زرع قائم لا وقت بداية حق الانتفاع ولا عند نهايته ، وتولى المنتفع زراعة الأرض طول مدة الانتفاع ، فهو الذي يتفق على إنتاجه . ويكون الزرع له . وإذا كان في الأرض زرع قائم عند نهاية حق الانتفاع ، فقد أحالت المادة ٩٨٧ مدني سائلة الذكر في شأنه إلى المادة ٩٩٣ / ٢ مدني وتنص على ما يأتي : « وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم . تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن » . فالنص يقضي بأن تترك الأرض للمنتفع بالرغم من انتهاء حق الانتفاع إذا كان فيها

(١) أنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٢) وكان نص المشروع التهديدي يقضي بما قدمناه في المتن ، ولم يراع ما تقضي به المادة ٩٩٣ / ٢ مدني فيما إذا وجد زرع قائم عند نهاية حق الانتفاع . وقد استدركت المذكرة الإيضاحية لمشروع التهديد هذا السور ، وذكرت أن الثمار إذا كانت طبيعية أو صناعية تنتفع « القائم » منها وقت بدء الانتفاع ، دون إخلال بحقوق الغير كما إذا كانت الثمار قد ألحقت بالتملك ، على أن يرد إلى مالك الرقبة ما أنفق . وله أيضاً ما قبض منها طول مدة الانتفاع ، أما القائم عند نهاية الانتفاع فيراعى فيه الحكم الوارد في المادة ١٢٤٨ فقرة ثانية ، فتترك الأرض للمنتفع أو الورثة إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة امتل عن هذه الفترة من الزمن . ويجب تعديل المادة ١٢٤١ حتى تؤدي هذا المعنى فتستقيم النصوص ، ولا تتعارض المادة ١٢٤١ (م ٩٨٧ مدني) مع المادة ١٢٤٨ / ٢ (م ٩٩٣ / ٢ مدني) « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ - ص ٥٣٧) . والذي وقع أن لجنة المراجعة عدلت المادة ٩٨٧ مدني بحيث جعلتها متفقة مع المادة ٩٩٣ / ٢ مدني في حالة الزرع القائم عند نهاية مدة الانتفاع كما تشير المذكرة الإيضاحية ، ولكنها تركت حالة الزرع القائم عند بداية الانتفاع إلى حكم القاعدة العامة وهي استحقاق المنتفع لهذا الزرع « بنسبة مدة انتفاعه » ، ولم تراعى ما كان ينبغي من التنسيق بين حكم الزرع القائم وقت بداية حق الانتفاع وحكم الزرع القائم عند نهاية هذا الحق . وهذا التنسيق كان يقضي ، في حالة حكم الزرع القائم وقت بداية حق الانتفاع ، أن تترك الأرض للمالك بالرغم من بداية حق الانتفاع . وذلك إلى أن يدرك الزرع ، على أن يدفع المالك في مقابل ذلك للمنتفع أجرة الأرض في المدة ما بين بداية حق الانتفاع وإدراك الزرع .

زرع قائم ، وذلك إلى أن يدرك الزرع . وفي مقابل ذلك يدفع المنتفع للمالك أجره مثل الأرض في الفترة من الزمن ما بين انتهاء حق الانتفاع وإدراك الزرع . ولم يرد نص مماثل فيما إذا كان في الأرض زرع قائم وقت بداية حق الانتفاع ، وكل ما نقوله المادة ٩٨٧ مدني في هذا الفرض أن المنتفع يستحق من هذا الزرع « بنسبة مدة انتفاعه » . وهذا يقتضي أن نحسب المدة التي بقي فيها الزرع في الأرض ، وهي مده بعضها سابق على بداية حق الانتفاع وبعضها لاحق ، ويكون الزرع شركة فيما بين المالك والمنتفع ، المالك بنسبة المدة السابقة على بداية حق الانتفاع ، والمنتفع بنسبة المدة اللاحقة ، على أن يساهم المنتفع في تكاليف البذر والسماد والعمل بنسبة مدة انتفاعه (١) . وكان من الخير أن يقاس هذا الفرض الذي نحن بصددده على الفرض الذي يكون فيه زرع في الأرض قائم عند انتهاء حق الانتفاع ، فتترك الأرض للمالك بالرغم من بداية حق الانتفاع ، وذلك إلى أن يدرك الزرع ، ويدفع المالك للمنتفع في مقابل ذلك أجره مثل الأرض في الفترة ما بين بداية حق الانتفاع وإدراك الزرع .

٤٩٤ - استعراض بعض حالات عملية حق الانتفاع في الاستغلال :

وقبل أن ننهي من الكلام في حق الانتفاع في الاستغلال ، نستعرض بعض حالات عملية لهذا الحق ، اثنتان منها ورد فيهما نص في التقنين المدني وهما حالتا حق الانتفاع بقطيع من المواشي وحق الانتفاع بعقار عثر فيه على كثر ، واثنتان أخريان لم يرد فيهما نص وهما حالتا حق الانتفاع بالمتجر وحق الانتفاع بالأسهم والحصص والسندات (٢) .

(١) عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٢٨ ص ٢٧١ - إسماعيل غانم ص ١١ - وقارن محمد كامل

مرسي ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٢١٩ .

(٢) وقد زخرت نصوص التقنين المدني الفرنسي المتعلقة بحق الانتفاع بكثير من الحالات التي ألغها التعامل في فرنسا ، ويندر وجودها في مصر . من ذلك نصوص كثيرة تتعلق بحق الانتفاع بالغابات والأشجار وهي منتشرة في فرنسا ، ومن ذلك أيضاً نص يتعلق بالمناجم والمحاجر وقد أصبح نادر التطبيق بعد صدور تشريعات خاصة في فرنسا وفي مصر تنظم استغلال المناجم والمحاجر . ونقف من هذه النصوص عند نص يتعلق بحق الانتفاع بالإيراد المرتب مدى الحياة ، فقد نصت المادة ٥٨٨ مدني فرنسي على أن « حق الانتفاع بالإيراد المرتب مدى الحياة يجعل الحق للمنتفع أن يتقاضى أقساط المدة أثناء المدة التي يقرر فيها حق الانتفاع ، دون أن يكون ملزماً بدفع

٤٩٥- من الانتفاع بقطيع من المواشى : ورد في حق الانتفاع

بقطيع من المواشى نص ، هو العبارة الأخيرة من المادة ٩٩٢ / ٢ مدنى ، وتجرى على الوجه الآتى : « وله (المنتفع) نتاج المواشى بعد أن يعرض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ » . وكان التقنين المدنى السابق يشتمل على نص مماثل ، فكانت المادة ٢٣ / ٤٢ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « الزيادة التى تحصل من نتاج المواشى تكون للمنتفع : وإنما بعد أن يستعرض من التاج ما نفق من الأصل بآفة سبوية » . وبؤخذ من هذه النصوص أن القطيع من المواشى إذا ترتب عليه حق انتفاع ، وجب أن ينظر إليه كجموع من المال ذى وجود فعلى (*universality de fait*) كالشجر ، لا كأفراد من رؤوس الغنم كل فرد منها مستقل عن الأفراد الأخرى (*ut singuli*) (١) .

ويترتب على ذلك أن المنتفع يكون له ثمار هذا القطيع من المواشى كجموع ، فينتفع بألبانها وبأصوافها وبتمسيدها للأرض . ويكون له فوق ذلك نتاج هذا القطيع ، وإذا كان هناك خلاف فى رأى فيما إذا كان نتاج

= شئ ما . والحكم الذى أورده هذا النص يحسم إشكالا من انصباحه . فليست بالإيراد ينحصر حقه ، طبقاً للقواعد العامة ، فى أن يتقاضى فوائد هذا الإيراد مدة بقاء حق الانتفاع . ولما كان الإيراد هو مجموع أقساطه ، وهذا المجموع لا يمكن معرفته إلا عند موت صاحب الإيراد ، فكان ينبغى انتظار موت هذا الأخير حتى يعرف مجموع أقساط الإيراد ، وإعطاء المنتفع فوائد هذا المجموع من الأقساط طوال المدة التى يبقى فيها حق الانتفاع . وليس هذا بالحل العملى ؟ لذلك لجأ المشرع الفرنسى إلى شئ من التحكم « وقضى بإعطاء المنتفع أقساط المرتب التى حلت وقت بقاء حق الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٦ ص ٧٧٠) . ولا يوجد فى مصر نص مماثل لنص التقنين المدنى الفرنسى سالف الذكر ، ولا يمكن الأخذ بالحل الذى ورد فى التقنين المدنى الفرنسى دون نص . فلا مناص من القول بأن صاحب الإيراد يقبض الأقساط ، ويعطى للمنتفع الفوائد بالسعر القانونى ، لا للأقساط التى حلت فحسب ، بل لجميع رأس المال الذى دُفع مقابلاً للإيراد أو الذى كان يجب دفعه فى حالة ما إذا رتب الإيراد دون مقابل (انظر فى هذا المعنى بودرى وشوفو فقرة ٥٩٧ ص ٣٩٠ - وانظر حلاً آخر فى كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٨١ ص ٨٧٥) .

(١) أوبزى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٣ - بودرى وشوفو فقرة ٧٢٣ - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

الحيوان يعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات (١) ، فإن نص المادة ٩٩٢ / ٢ مدني سالف الذكر صريح في أن نتاج المواشي ، سواء اعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات ، يكون للمنتفع . ولكن النتاج لا يخلص له كاملاً ، بل عليه أولاً أن يعرض منه ما نفق من القطيع بحادث مفاجيء حتى يستكمل القطيع عدده . وهذا يدل على أن النتاج مندمج في مجموع القطيع ، وأن ما يستحدثه القطيع يعرض ما فقده ، ولا يخلص للمنتفع كثمار للقطيع إلا الباقي من النتاج بعد إجراء هذا التعويض . ولا يشترط أن يكون التعويض من النتاج الذي يوجد بعد نفق ما نفق من الأصل ، بل يكون التعويض أيضاً من النتاج الذي وجد قبل ذلك ، بل من ثمن هذا النتاج إذا كان المنتفع قد تصرف فيه وقت أن كان أصل القطيع كاملاً (٢) . أما إذا كان ما نفق من القطيع لم ينفق بحادث مفاجيء ، بل بخطأ الغير ، كان هذا الغير هو المسئول عن التعويض . وإذا كان النفوق خطأ المنتفع نفسه ، كان هذا مسئولاً عن التعويض كاملاً ولو زاد ما نفق على مقدار النتاج ، ولا يقف التعويض عند حدود مقدار النتاج كما هو الأمر فيها إذا كان النفوق بحادث مفاجيء . وإذا نفق القطيع كله بحادث مفاجيء أو بمرض لا يد للمنتفع فيه ، لم يكن المنتفع ملزماً أن يرد للمالك إلا ما بقي نافعاً بعد نفق القطيع كالجلود أو قيمتها إذا كان المتسع قد تصرف فيها أو استهلكها (م ٦١٦ مدني فرنسي) . وللمنتفع أن يتصرف في أفراد الماشية إذا أصيبت غير صالحة لما أعدت له من نتاج أو ألبان ، على أن يعرض ما تصرف فيه منها بالنتاج أو ثمنه على النحو الذي قلعهناه في تعويض ما نفق من الماشية بحادث مفاجيء (٣) .

وإذا كان القطيع من المواشي ملحقاً بأرض زراعية ، وجب أن يعتبر القطيع تابعاً للأرض . وعلى ذلك لا يأخذ المنتفع نتاج المواشي إلا بعد أن

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ - الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هاش ١ وفقرة ٣٦٤

ص ٥٩٠ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٦ وهاش ١٦ - بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ٧٨٩ -

كرلان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٠٢٧ ص ٨٦٤ - هكس ذلك بودري وشرفو فقرة ٧٢٤ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٣ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

يعرض منها ، ليس فحسب ما خفق من القطيع على النحو المتقدم ، بل أيضاً بعد أن يعزز القطيع بالنتاج بحيث يكون القطيع دائماً صالحاً لمواجهة ما يقتضيه استغلال الأرض الزراعية وما تتطلبه حاجاتها (١) .

٤٩٦ - من الارتفاع بعقار عثر فيه على كنز : هنا أيضاً ورد نص هو المادة ١/٨٧٢ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : « الكثر المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يكشف ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته » . وقد قدمنا عند الكلام في الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية ، أنه إذا ترتب على العقار حق انتفاع ، وعثر شخص على كنز في العقار ، فإن الكنز لا يكون للمنتفع ، إذ الكنز لا يعتبر ثماراً للعقار : بل هو لا يعتبر جزءاً من العقار ، بل هو مال مستقل عنه ، ولا يصله بالعقار إلا أنه مال مدفون أو مخبوء فيه (٢) . وعلى ذلك يكون الكنز كله لمالك الرقبة ، حتى لو كان من عثر على الكنز ، مصادفة أو بعد بحث ، هو المنتفع نفسه . ذلك أن العثور على الكنز لا يخول من عثر عليه ، في القانون المصري ، أي حق في الكنز (٣) .

٤٩٧ - من الارتفاع بالتجر : ويعتبر المتجر (fonds de commerce) مجموعاً من المال ذا وجود فعلي (un ensemble de fait) ، كما رأينا في القطيع من الغنم . ذلك أن المتجر لا يتمتع بالشخصية المعنوية ، ولا يكون ذمة مالية مستقلة بل يدخل في عموم الذمة المالية لصاحب المتجر . ومن ثم لا يكون لهذا المجموع وجود قانوني ، بل ليس له إلا وجود فعلي كما سبق القول . ويشتمل المتجر كمجموع من المال على عناصر مختلفة : منها المادى كالبضائع والأثاث والمهمات ، ومنها غير المادى كالحق في الإيجار وحق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري والعلامة التجارية وبراءات الاختراع . وقد صدر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٠ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦١ .

(٣) انظر في كل ذلك آنفاً فقرة ١١ .

المحال التجارية ورهنها ، وهو يجيز بيع المتجر ورهنه كمجموع من المال ،
نيسيراً للائتمان التجارى والصناعى (١) .

ويجوز قياساً على ذلك أن يترتب حق انتفاع على المتجر ، باعتباره
مجموعاً من المال . ويقع حق الانتفاع على هذا المجموع ، لا ما يشتمل عليه
من العناصر مستقلة بعضها عن بعض ، لأن هذه العناصر تفتى فيه ويصبح
للمتجر كيان مستقل عن عناصره . فلو كان فى هذه العناصر أشياء قابلة
للاستهلاك كالבضائع ، فانها لا تجعل المتجر كمجموع شيئاً مادياً قابلاً للاستهلاك
تبعاً لها ، بل هى التى تفتى فى المتجر كما قدمنا ، ويكون المتجر بالرغم من
وجود هذه الأشياء فيه مالا غير مادى . ويترتب على ذلك أن حق الانتفاع
بالمتجر لا يكون شبه حق انتفاع كما يكون حق الانتفاع بالأشياء القابلة للاستهلاك ،
فلا تنتقل ملكية المتجر إلى المنتفع كما تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك للمنتفع فى
شبه حق الانتفاع . وعلى ذلك لا يجوز للمنتفع أن يبيع المتجر لأنه لا يملكه ، وإنما
يجوز له أن يبيع حق الانتفاع به فحسب ، ولا يجوز لدائى المنتفع أن يحجزوا
إلا على حق الانتفاع بالمتجر ، فتبقى رقبة المتجر خارجة عن الحجز ، وإذا
أفلس المنتفع فلا يدخل فى التفليس إلا حق الانتفاع بالمتجر (٢) :

ويكون للمنتفع بالمتجر الحق فى ثماره ، أى فى الحصول على أرباحه
(*bénéfices*) ، ولكن يجب عليه أن يخصم جزءاً من الأرباح يخصه
للتعويض عن استهلاك الآلات وغيرها من المهمات ، إذ هو ملزم بالمحافظة
عليها وتجديدها . ويجب أيضاً أن يخصم جزءاً آخر من الأرباح يخص
احتياطياً للمتجر ، ويستخدمه فى التقدم بالمتجر وفى توسيعه ، إذا كان هذا
الإجراء الاحتياطى هو ما جرى عليه مالك المتجر (٣) .

ويتولى المنتفع بالمتجر إدارته . وإذا قصر فى ذلك جاز للمالك أن يطلب
بيع المتجر (٤) . ويجوز للمنتفع ألا يتولى الإدارة بنفسه ويكلها إلى غيره .

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ١١١ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ هامش ٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٧ -
كولان وكابيتان ودى لاموراندوير ١٠ فقرة ١٠٦٦ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٩ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ - ٧١٢ - مودرى وسومو فقرة ١١٨٢ - بلانيول
وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٨

بل يجوز له أن يؤجر المتجر . أو أن يبيع حق انتفاعه به . وإدارة المتجر تتضمن الحق في بيع البضائع وشراء غيرها لبيعها . كما هو المألوف في إدارة المتاجر . ولا يرجع ذلك إلى أن المنتفع قد تملك هذه البضائع باعتبارها شيئاً قابلاً للاستهلاك . وإنما يرجع إلى أن بيع البضائع وشراء غيرها لبيعها داخل في نطاق سلطته في إدارة المتجر (١) . ويدخل أيضاً في نطاق سلطته في الإدارة أن يتعهد الآلات والمهمات بالحيانة . وأن يبيع ما أصبح غير صالح منها أو صار قديماً لا يساير حركة التقدم . وأن يحدد ما يلي من هذه المهمات وأن يشتري ما أصبح المتجر في حاجة إليه من آلات ومهمات حديثة صالحة .

٤٩٨ - من الانتفاع بالأسهم والحصص والشركات : السهم في شركات المساهمة . أو الحصة في بعض الشركات الأخرى كالشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات التوصية وشركات التضامن . يغل ربحاً يتفاوت بتفاوت أرباح الشركة . أما السند فهو دين على الشركة . ويكون صاحبه دائئاً للشركة بمقدار قيمته الاسمية . وهو يغل ربحاً ثابتاً هو نسبة مئوية معينة من هذه القيمة الاسمية تعتبر فوائد لرأس المال الذي يمثله السند . فإذا ترتب حق انتفاع على سهم أو حصة أو سند . كان للمنتفع أن يتقاضى ما يغله السهم أو الحصة من ربح أو ما يدفع نسند من فوائد (٢) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٨٣ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٨ - عبد المنعم البزراوى فقرة ٢٢٢ - اسماعيل غنم ص ٨ - كولان وكزيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٦٦ (ويذهبون إلى أن المنتفع يبيع البضائع ويحل محلها غيرها بموجب الحلول العيني) - وقارن مازو فقرة ١٦٥٣ (ويذهبون إلى أن المنتفع يبيع البضائع لأنها قابلة للاستهلاك فيملكها كما في شبه حق الانتفاع) .

(٢) ويلاحظ أن الشركة ، عندما تحدد الأرباح التي توزعها على المساهمين أو على أصحاب الحصص ، تحتجز أولاً من الأرباح الصافية التي حصلت جزءاً تخصصه لاستهلاك الآلات والمهمات وتجديدها ، ثم تحتجز جزءاً آخر تحت احتياطياً تواجه به الظروف المختلفة التي تمر بالشركة . وتخصص في نهاية الأمر ، طبقاً لنظام الشركة ، الجزء من الأرباح الصافية التي توزعه على المساهمين أو أصحاب الحصص فأميرة بهذا الجزء الأخير المخصص للتوزيع ، وهو الذي يمكن اعتباره ثمناً . وكما أن المالك لا حق له إلا في هذا الجزء ، كذلك المنتفع لا يتقاضى إلا هذا الجزء ثمناً لسهم أو الحصة ، شأنه في ذلك شأن المالك نفسه (بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩١ ص ٧٨٤) .

وإذا وزعت الشركة جزءاً من احتياطياتها على المساهمين ، أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال أو كانت تمثل حصة ساهمت بها الشركة في شركة أخرى ، اعتبر هذا جزءاً من رأس المال لا من الربح ، ويكون لمالك الرقبة ، وتكون فوائده فقط للمنتفع (١) .

وإذا ربح السهم أو السند جائزة ، فهي لمالك الرقبة لأنها تعتبر جزءاً من رأس المال ، وليس للمنتفع إلا فوائدها هذه الجائزة (٢) .

§ ٢ - مدى سلطة المنتفع على الشيء المنتفع به

٤٩٩ - أعمال الإدارة وأعمال التصرف ومباشرة الدعوى : وحتى

يمكن المنتفع من الانتفاع بالشيء على الوجه الذي يسطناه فيما تقدم ، فإن له أن يقوم بالنسبة إلى هذا الشيء بأعمال الإدارة اللازمة لهذا الانتفاع (٣) وله أيضاً أن يقوم بأعمال التصرف . ولكن بالنسبة إلى حق الانتفاع وحده دون الرقبة فإنه لا يملكها . وله أخيراً أن يباشر من الدعاوى ، هو متعلق بحق الانتفاع نفسه ، وما هو متعلق بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع .

(١) بلايول - وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٢ من ٧٨٥ - وقد تصدر شركة أسهماً جديدة لزيادة رأس المال ، وتضيف علاوة (prime) على القيمة الاسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم في الاحتياطيات القديمة للشركة وهي الاحتياطيات التي تكونت من أرباح السنين السابقة . فهذه العلاوة لا تعتبر ربحاً ، بل هي جزء من رأس المال . فإذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق المالك ، وليس للمنتفع إلا فوائده هذا النصيب (بلايول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٣) . كذلك إذا أرادت الشركة زيادة رأس المال ، وأعطت للمساهمين القدامى الأفضلية في الاكتتاب في الأسهم الجديدة ، فإن هذا الحق يكون لمالك الرقبة دون المنتفع . ولا يجوز للمنتفع أن يكتب في الأسهم الجديدة إذا امتنع مالك الرقبة من الاكتتاب فيها ، لأن الحق في الاكتتاب لا يتصل بالربح وإنما يتصل برأس المال (بلايول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٤) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٥٤٧ - بلايول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٥ .

(٣) ويمكن أن نتصور اقتطاع سلطة الإدارة من المنتفع وإبقائها لمالك الرقبة ، ولا يكون للمنتفع إلا غلة الشيء المنتفع به دون أن يتدخل في إدارة هذا الشيء (انظر في ذلك كاز برونيه من ١١٥) .

١ - أعمال الإدارة

٥٠٠ - الإيجار : من أهم أعمال الإدارة الإيجار (١) ، فللمنتفع أن يؤجر الشيء المنتفع به لاستثماره والحصول على أجرته ، والأجرة هي الثمار المدنية كما سبق القول . وقد نصت المادة ٥٦٠ مدني على أن الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضي بانقضاء هذا الحق إذا لم يجرها مالك الرقبة ، على أن تراعى المواعيد المقررة لتنبيهه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة (٢) . وقد قدمنا عند الكلام في الإيجار (٣) أن للمنتفع أن يؤجر الشيء المنتفع به ، ولا حد لمدة الإيجار إلا المدة التي يبقى فيها حق الانتفاع قائماً . فإذا كانت مدة حق الانتفاع اثنتي عشرة سنة مثلاً ، جاز للمنتفع أن يؤجر الشيء لأية مدة ، بشرط ألا تتجاوز اثنتي عشرة سنة وألا تتجاوز في الوقت ذاته حياة المنتفع . فيؤجرها لسبع سنوات مثلاً ، أو عشر سنوات ، أو اثنتي عشرة سنة ، فلا يتقيد بمدة ثلاث سنوات ، وهي الحد الأقصى لمدة الإيجار الذي يعقده من يدبر مال غيره (م ٧٠١ مدني) . ذلك بأن المنتفع لا يدبر الشيء المنتفع به نائباً عن الغير ، وإنما يستعمل حقه الأصيل في الانتفاع . فإذا فرضنا أن المنتفع آجر الشيء لمدة عشر سنوات مثلاً ، وبقي حياً طوال هذه المدة ، فإن الإيجار يبنى فندماً إلى انقضاء عشر سنوات . أما إذا مات بعد انقضاء سبع سنوات مثلاً ، فإن الإيجار ينتهي بموته لزوال حق الانتفاع بالموت .

(١) وقد قضت المادة ٧٠١ / ٢ مدني على أنه « يمد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة . كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله » . وسنقف ، من أعمال الإدارة التي تصدر من المنتفع ، عند الإيجار وبيع المحصول واستيفاء الحقوق وحضور جلسات الجمعيات العامة للشركات . أما الأعمال الأخرى ، فيكفي الإحالة فيها إلى القواعد العامة .

(٢) أما إذا كان المالك قد آجر النعين ، فإن الإيجار يسرى في حق المنتفع إذا كان ثابت التاريخ وسابقاً على بداية حق الانتفاع . وذلك بأن هذا الإيجار يسرى في حق المشتري (م ٦٠٤ مدني) ، فأولى أن يسرى في حق المنتفع . انظر المادة ٩٤٦ مدني سوري والمادة ٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

(٣) انظر الوسيط ٦ فقرة ٣٧ .

على أنه إذا أقر مالك الرقبة بالإيجار . مقدماً أو عند موت المنتفع ، فإن العقد يبقى قائماً مدة ثلاث سنوات الباقية . لا بين المستأجر وورثة المنتفع ، بل بين المستأجر ومالك الرقبة الذى يستعيد الملكية الكاملة بموت المنتفع . وإذا انتهى الإيجار بموت المنتفع قبل انقضاء مدته لأن مالك الرقبة لم يقر الإيجار ، لم يحكم على المستأجر بالإخلاء فوراً ، بل يجب على المالك أن ينبه عليه بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مدنى . وإذا كانت العين أرضاً زراعية لم يجوز انتهاء الإيجار قبل نقل المحصولات ، ولو اقتضى هذا النقل وقتاً أطول من الميعاد المقرر للتنبيه بالإخلاء (١) .

٥٠١ - بيع المحصول : لا شك فى أن بيع المحصول وبيعه هو من صميم أعمال الإدارة ، بالرغم من أن البيع فى ذاته عمل من أعمال التصرف . فللمنتفع أن يجنى محصول الأرض الزراعية وأن يبيعه ، وأن يقبض ثمنه وهو ملك له . وله أن يبيع الزرع وهو لا يزال قائماً ، حتى لو انقضى حق الانتفاع قبل أن يتمكن جنيه . وفى هذه الحالة تسرى أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدنى ، فيدفع المنتفع أو ورثته أجرة مثل الأرض عن الفترة من الزمن ما بين نهاية حق الانتفاع وبين جنى المحصول لتسليمه للمشتري .

٥٠٢ - استيفاء الحقوق : وللمنتفع أن يستوفى الحقوق التى يكون له حق الانتفاع بها فى مواعيد استحقاقها . ودياً أو عن طريق القضاء ، وأن يعطى محالصة بهذه الحقوق . مثل ذلك أن يوصى لشخص بحق الانتفاع بجزء

(١) وإذا كان حق الانتفاع مقدراً طول حياة المنتفع ، وآجر هذا الأخير الشئ لمدة سبع سنوات ، ومات بعد خمس سنوات ، انتهى الإيجار بموته . وإذا أقر المالك الإيجار بقى قائماً مدة السنتين الباقيتين ، ولكن بينه وبين المستأجر . وإذا لم يقره ، وجب عليه أن ينبه على المستأجر بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مدنى ، مع مراعاة إمهال المستأجر فى الأرض الزراعية لنقل محصول السنة . هذا ويجوز للمنتفع أن يؤجر العين لمالك الرقبة نفسه ، فإذا مات قبل انقضاء مدة الإيجار انتهى الإيجار باتحاد الذمة ، إذ يجتمع عند المالك صفة المستأجر وصفة المؤجر معاً (الوسيط ٦ فقرة ٣٧ ص ٥٨) - وغنى عن البيان أن جميع الأحكام المتقدمة قد تأثرت إلى حد بعيد بالتشريعات الحديثة الخاصة بالإيجار الأماكن وبإيجار الأدوات الزراعية ، ونقض هذه التشريعات ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة حتى بعد انقضاء مدة الإيجار تحكم الغاوت .

من مجموع التركة : ونكون للتركة حقوق في ذمة مدينها يدخل بعضها في الجزء الموصى به : فللمتفع في هذه الحالة أن يستوفي هذه الحقوق من مديني التركة ، وليس للورثة أن يعارضوا في هذا الاستيفاء . وتكون المخالصة التي أمضاها المتفع حجة عليهم . وليس على مديني التركة أن يستوثقوا مما إذا كان المتفع قد قدم كفيلا للورثة . فان هذا أمر لا يعنهم وإنما يعنى الورثة أنفسهم . وعندما يقبض المتفع الحق من المدين : وهو عادة مبلغ من النقود : يتحول حق الانتفاع إلى شبه حق انتفاع . فيجوز للمتفع أن يستغله وأن يتصرف فيه وأن يقبض ريعه ، على أن يرد للورثة مثله عند نهاية حق الانتفاع . ويجوز للورثة في هذه الحالة أن يطالبوا المتفع بكفالة تضمن لهم رد رأس المال . وتقدر المحكمة عند الاقتضاء الطريقة التي يستغل بها المتفع رأس المال .

وقد يهلك الشيء المتفع به فيستحق عنه تعويض أو مبلغ تأمين ، وقد تنزع ملكيته فيستحق عنه تعويض عن نزع الملكية . وقد نصت المادة ١/٩٩٤ مدني على أن « ينهى حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض » . وعلى ذلك يحل التعويض عن الهلاك أو مبلغ التأمين أو التعويض عن نزع الملكية حلولا عينياً محل الشيء المتفع به . ويكون للمتفع حق استثماره إلى نهاية حق الانتفاع . ورده بعد ذلك إلى المالك . فيكون له إذن استيفاء الحقوق سالفة الذكر من المدينين بها واعطاء مخالصة بها ، شأن هذه الحقوق شأن سائر الحقوق التي يستوفيها المتفع . ويجوز للمالك ، تبعاً لذلك ، أن يطالب المتفع بتقديم كفالة ، كما تقدر المحكمة عند الاقتضاء الطريقة التي يستغل بها المتفع المبالغ التي قبضها (١) .

٥٠٣ - مضمون جلسات الجمعيات العامة للشركات : ويعتبر حضور

جلسة الجمعية العامة للشركة ، سواء كانت الجمعية العامة عادية أو غير عادية

(١) وفيما يتعلق بمبلغ التأمين ، إذا كان المتفع هو الذي أمن على حق انتفاعه ، فان مبلغ التأمين يكون من حقه وحده ، ولا يلتزم برد شيء منه للمالك ، أما إذا كان التأمين على ملكية الشيء المتفع لا على حق الانتفاع وحده ، فان مبلغ التأمين يكون من حق المالك ، على أن يكون للمتفع الحق في استثماره هل النحو الذي قدمناه (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣١ ص ٦٧١ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٥) .

من أعمال الإدارة ، حتى لو كان من بين قرارات هذه الجمعية عملاً من أعمال التصرف أو كان من بين قراراتها تعديل نظام الشركة . فالمتنفع بالسهم لا مالك الرقبة ، هو الذى له حق حضور جلسات الجمعية العامة ^(١)

ب - أعمال المصرف

٥٠٤ - القاعدة العامة : للمنتفع حق عيني على الشيء المنتفع به هو حق الانتفاع ، فهو يملك هذا الحق دون أن يملك الرقبة . وعلى ذلك يجوز له التصرف فى حق الانتفاع بجميع أنواع التصرفات ، ولا يجوز له أن يتصرف فى الرقبة . والتصرف فى حق الانتفاع يكون بوجه خاص بالنزول عنه للغير . أو برهنه ، أو بترتيب حق عيني أصلى عليه فيرتب المنتفع مثلاً حق انتفاع على نفس حق انتفاعه . فلستعرض هذه التصرفات المختلفة ، ثم ننتقل إلى عدم جواز تصرف المنتفع فى الرقبة .

٥٠٥ - نزول المنتفع عن حق الانتفاع للغير : يجوز للمنتفع أن ينزل عن حق انتفاعه للغير ، معاوضة أو تبرعاً . فيهجوز له أن يبيعه ، وأن يقايض عليه ، وأن يجعله حصة له فى شركة ، وأن ينزل عنه لدائنه مقابلاً لوفاء الدين ، وأن يهبه . وتجب مراعاة قواعد التسجيل إذا وقع حق الانتفاع على عقار ، ومراعاة الشكل فى الهبة . ولا يجوز للمنتفع أن يوصى بحق الانتفاع ، لأن الوصية تمليك لما بعد الموت وحق الانتفاع ينتهى حتماً بموت المنتفع .

(١) وهذا الحكم متفق عليه فيما إذا كان نظام الشركة يقضى بأن حق الحضور يكون للمنتفع دون المالك ، وفيما إذا كان السهم ليس بهما اسماً بل هو سهم لحامته . أما إذا كان السهم اسماً ، ولا يوجد فى نظام الشركة حكم فى المسألة ، فالأمر مختلف فيه . فإنى يذهب إلى أن حق الحضور لا يكون إلا للمالك ، ورأى ثان يذهب إلى أن للمنتفع حق الحضور فى الجمعيات العامة العادية ويحضر المالك فى الجمعيات العامة غير العادية ، ورأى ثالث يذهب إلى وجوب حضور كل من المالك والمنتفع فى الجمعيات العادية وغير العادية وإذا اختلفا فالتضاء يفصل فى الأمر . ويبدو أنه إذا سلم بأن حضور جلسات الجمعية العامة هو عمل من أعمال الإدارة ، فإنه يجب القول بأن المنتفع لا المالك هو الذى له حق الحضور فى جميع جلسات الجمعية العامة ، سواء كانت الجمعية العامة عادية أو غير عادية (انظر فى هذا المعنى بلانول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٧ ص ٧٩٨ والمراجع التى أشير إليها) .

وإذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع بوجه من الوجود المتقدمة . فإن من تلقى منه الحق يعتبر مالكا لنفس حق الانتفاع الذي ترتب للمنتفع . ويرتب على ذلك أن حق الانتفاع ينتهي بموت المنتفع لا بموت من تلقى هذا الحق . وأن المنتفع يبقى ملتزما نحو مالك الرقبة بما يترتب في ذمته من التزامات شخصية نحوه ولا تنتقل هذه الالتزامات إلى ذمة من تلقى حق الانتفاع . ويكون لهذا الأخير نفس حقوق المنتفع ، إلى أن ينتهي حق الانتفاع بانقضاء مدته أو بموت المنتفع . لا بموت من تلقى حق الانتفاع كما سبق القول . فإذا مات من تلقى حق الانتفاع قبل موت المنتفع ، وكانت مدة حق الانتفاع لم تنقض . فإن حق الانتفاع ينتقل إلى ورثة من تلقى هذا الحق من المنتفع . ويبقى إلى أن ينتهي بانقضاء مدته أو بموت المنتفع . وهذا هو الفرض الذي ينتقل فيه حق الانتفاع بالميراث ، وقد سبقت الإشارة إليه (١) .

وكما يجوز التزول عن حق الانتفاع ، كذلك يجوز الحجز عليه من دائي المنتفع ، وهذا ما لم يشترط عدم التزول عن الحق وعدم جواز الحجز عليه (٢) .

٥٠٦ - رهن المنتفع لحق الانتفاع : ويجوز أيضا للمنتفع رهن حق

الانتفاع رهنا رسميا إذا كان الحق واقعا على عقار . ورهن حيازة إذا وقع الحق على عقار أو منقول . ويجوز لدائي المنتفع أخذ حق اختصاص على حق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار ، كما يجوز أن يترتب على حق الانتفاع امتياز بائع العقار أو امتياز بائع المنقول إذا كان المنتفع قد اشترى حق الانتفاع على عقار أو منقول ولم يدفع ثمنه .

والدائن الذي له حق رهن أو اختصاص أو امتياز على حق الانتفاع لا يجوز له أن يحجز إلا على حق الانتفاع نفسه ، ولا شأن له بالرقبة . ومن يرسوم عليه المزايا لا ينتقل إليه إلا حق الانتفاع ، فليس له إلا حقوق المنتفع إلى أن ينتهي حق الانتفاع . وإذا انتهى حق الانتفاع قبل تنفيذ الدائن عليه

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٨٤ - وانظر م ٩٤٧ مدني سوري ، وم ١٢٥٣ مدني عراقي ،

وم ٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٣ .

برهنه أو اختصاصه أو بامتياز ، فان الرهن أو الاختصاص أو الامتياز يزول بزوال محله (١) .

٥٠٧ - ترتيب حق انتفاع على حق الارتفاق : وقد لا ينزل المنتفع عن

حق الانتفاع للغير ، ولكن يقتصر على أن يرتب للغير حق انتفاع على حق انتفاعه هو ، فيكون هناك حق انتفاع مرتب أحدهما على الآخر (deux usufruits superposés) . ويندر أن يكون هذا الوضع المعقد نتيجة اتفاق ، وإنما يقع في فرنسا أن يكون حق الانتفاع الذي يرتبه القانون للأب على أموال ولده أو للزوج على أموال الزوجة يشمل ، فيما يشمل من أموال القاصر أو أموال الزوجة ، حقوق انتفاع يترتب عليها حق انتفاع الأب أو حق انتفاع الزوج ، وهكذا يترتب حق انتفاع على حق انتفاع .

ولا يكاد يوجد إلا فرق واحد بين التزول عن حق الانتفاع وترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع . ففي الحالتين يحل المتنازل له أو المنتفع الجديد محل المنتفع الأصلي في جميع حقوقه . ولكن في حالة التزول عن حق الانتفاع ، إذا مات المتنازل له قبل انتهاء حق الانتفاع الأصلي ، انتقل هذا الحق إلى ورثة المتنازل له كما سبق القول (٢) . أما في حالة ترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع ، فان حق الانتفاع الثاني المترتب على حق الانتفاع الأصلي ينتهي ، لا فحسب بانتهاء حق الانتفاع الأصلي ، بل أيضا بموت المنتفع الثاني ، فلا ينتقل إلى ورثته كما رأينا ، ينتقل إلى ورثة المتنازل له (٣) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ وفقرة ٥٠٥ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٥١٣

ص ١١٥٥ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٠٦٤ - وأما فيلر يتعلق بترتيب حق ارتفاق على حق الانتفاع ، فان ذلك لا يجوز ، فان حق الارتفاق فرع عن الملكية لا عن حق الانتفاع ، فلا يجوز لغير مالك الرقبة ترتيبه ، ولا يجوز ذلك للمنتفع (بودرى وشوفر فقرة ١٩٠٦ ص ٨٢٧ - وانظر أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٠ ص ١٠٢ ويريان جواز ترتيب حق شبه حق الارتفاق على حق الانتفاع بحيث لا يمس هذا الحق بحق مالك الرقبة - وقارن شفيق شحاته فقرة ٩٣ ص ١١٦) .

٥٠٨ - عدم جواز تصرف المنتفع في الرقبة: وإذا كان المنتفع يستطيع التصرف في حق الانتفاع على النحو الذي بيناه ، فإنه لا يستطيع التصرف في الرقبة لأنها ليست ملكه . ويترتب على ذلك أنه إذا باع الرقبة . كان حكم هذا البيع هو حكم بيع الغير لا ينفذ في حق مالك الرقبة . ويترتب على ذلك أيضاً . أن المنتفع لا يستطيع التزول عن حق ارتفاق مرتب بمصلحة العقار المنتفع به . وكل ما يملكه في هذا الشأن هو أن يتعهد تعهداً شخصياً بالآلا يستعمل حق الارتفاق هذا . وهذا التعهد الشخصي لا يلزم مالك الرقبة (١) .

ومع ذلك يجوز للمنتفع أن يتصرف في الرقبة . وذلك في حالة شبه الانتفاع . فقد قدمنا (٢) أن المنتفع يصبح في هذه الحالة مالكا للشيء المنتفع به ملكية كاملة . فيستطيع أن يتصرف فيه : على أن يرد مثله أو قيمته عند نهاية حق الانتفاع (٣) .

من مباشرة الدعاوى

٥٠٩ - الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه : يجوز للمنتفع أن يباشر الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه فيجوز له أن يرفع دعوى الإقرار بحق الانتفاع (action possessoire d'usufruit) . وهي الدعوى التي تقابل دعوى الاستحقاق في الملكية . ويوجبها يستطيع أن يطالب بالتسليم المنتفع به أي حائز له . وكذلك يستطيع أن يرفع دعاوى الخيابة يعنى بها حيازته للعقار المنتفع به (٤) ، ويستطيع أن يرفع هذه الدعاوى على مالك

(١) كذلك لا يجوز له أن يبيع القيم المنقولة (valeurs mobilières) التي يتضمنها حق الانتفاع ، حتى لو كانت هذه القيم لحائزها . ولا يجوز له أن يحوله سداً نسبياً إلى سداً حاداً . فإن هذا التحويل يعتبر من أعمال التصرف (بلانيول وريجر وبيكار ٣ فقرة ٨٠٨ وفترة ٨١٠) .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٤٧٧ .

(٣) ويتحقق شبه حق الانتفاع فيما إذا كان الشيء المنتفع به شيئاً قابلاً للاستهلاك . وفيما إذا كان هذا الشيء ممدداً للبيع كالطابع ، وفيما إذا كان قد قوم تقويمياً قصد به نقل الملكية إل المنتفع على أن يرد القيمة عند نهاية حق الانتفاع (انظر آتفاً فقرة ٤٧٨ - بلانيول وريجر وبيكار ٣ فقرة ٨١١) .

(٤) والحكم الذي يصدر لصالحه ، في دعوى الإقرار بحق الانتفاع أو في دعوى الخيابة ، يجوز مالك الرقبة أن ينجح به ، أما الحكم الذي يصدر ضده فلا يجوز أن ينجح به على مالك الرقبة (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٩ - بلانيول وريجر وبيكار ٣ فقرة ٨١٧) .

الرقبة إذا تعرض له في حيازته لحق الانتفاع أو انتزع منه الحيازة . ذلك أن المنتفع يعتبر حائزا لحساب نفسه بالنسبة إلى حق الانتفاع وإن كان حائزا عرضيا بالنسبة إلى حق الملكية ، ومن ثم جاز له أن يحمي حيازته لحق الانتفاع بدعوى الحيازة (١) .

ويجوز للمنتفع أن يرفع دعوى تعيين الحدود (action en bornage) ودعوى القسمة ، ولكن إذا لم يدخل مالك الرقبة خصما في هاتين الدعوتين فإن الحكم فيهما لا يكون حجة على هذا الأخير (٢) .

٥١٠ - الدعوى المتعلقة بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع : وللمنتفع أن يباشر الدعوى المتعلقة بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع ، وقد قدمنا أنه يستطيع أن يقاضي المديتين بهذه الحقوق ليطالبهم بها (٣) . وله أن يرفع دعوى التأمينات لهذه الحقوق من رهن وامتياز وكفالة (٤) ، وكذلك الدعوى المتصلة بهذه الحقوق كما لو كان الحق ثمن بيع فيرفع دعوى الفسخ لعدم الوفاء به ، وكما لو تصرف المدين بهذا الحق في ماله غشيا فيرفع الدعوى ، البولصية (٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن للمنتفع أن يرفع دعوى اليد (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ ، المجلد ٢٧ رقم ٤١٢ ص ١٠٣٥) - وإذا نجح المنتفع في دعوى الحيازة التي يرفعها على المالك ، جاز له أن يحتج بهذه الحيازة فتقوم قرينة لصالحه على أنه هو صاحب حق الانتفاع إلى أن يثبت المالك عكس ذلك . ويثبت في الوقت ذاته أن المنتفع هو حائز عرضي بالنسبة إلى حق الملكية ، فلا يستطيع أن يملك هذا الحق بالتقادم . بل يجوز للمالك أن يرفع دعوى الحيازة ليحمي حيازته لحق ملكيته ضد من يتعرض لهذا الحق ، ويتمسك في ذلك بأن المنتفع يجوز حق الملكية نيابة عنه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٥ ص ٨٠٣) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودري وشوفو فقرة ٩٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٥ ص ٨٠٣ - عبد المنعم البدر ٢٣٣ فقرة ٢٧٤ - وفي جميع الأحوال إذا كانت الدعوى تتعلق بحقوق مالك الرقبة ومالك حق الانتفاع ، فللغير التي ترفع ضده الدعوى أن يطلب إدخال من لم يدخل منهما خصما في الدعوى (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٧٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٢ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودري وشوفو فقرة ٥٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ ص ٨٠٤ .

(٥) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودري وشوفو فقرة ٥٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ ص ٨٠٤ .

ولكن المنتفع لا يستطيع رفع دعوى منعلقة بحق لم يكن ضمن الحقوق الداخلة في حق الانتفاع وقت أن بدأ . فإذا كانت الدعوى مثلاً دعوى نقض للغبن أو دعوى إبطال ، ولم يكن المالك قد رفعها وقت أن بدأ حق الانتفاع فلم يتضمنها هذا الحق ، لم يخز للمنتفع أن يرفعها لأن حق الانتفاع لم يشملها . ولكن إذا رفعها المالك ونتج عن رفعها أن نقض بيعاً أو أبطله فأرجع المبيع إلى ملكه بأثر رجعي . فإن حق الانتفاع يمتد إلى هذا المبيع فيشمله . ويعتبر المبيع داخلاً ضمن حق الانتفاع منذ بدايته (١) .

المطلب الثاني

الالتزامات المنتفع

٥١١ - **الالتزامات أربعة** : التزامات المنتفع ترتب في ذمته نحو مالك الرقبة بحكم القانون ، فهي إذن التزامات قانونية . وترجع كلها إلى واقعة مادية هي وجود رقبة الشيء المنتفع به في يد المنتفع ، فيجب عليه حفظها وصيانتها حتى يردّها سائلة . واتخاذ الوسائل اللازمة لتحقيق هذا الغرض (٢) . وغنى عن البيان أنه قد ترتب في ذمة المنتفع التزامات أخرى يقررها سند حق الانتفاع إذا نشأ هذا الحق عن عقد أو وصية ، فيكون العقد أو الوصية هو مصدر هذه الالتزامات (٣) .

والالتزامات التي يربتها القانون في ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة أربعة :
(١) استعمال الشيء والانتفاع به بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٩ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٨١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٨٩ : - وقرب عبد المنعم البدر ١ فقرة ٢٣٦ .

(٣) وتعتبر هذه الالتزامات التزامات عينية ، لأنها نشأت بسبب وجود الرقبة في يد المنتفع ، وتدور كلها حول وجوب المحافظة على العين مراعاة الحق صاحب الرقبة - وترتب على ذلك أنه يجوز للمنتفع التخلص من هذه الالتزامات إذا هو تخل عن حقه في الانتفاع وترك العين المنتفع بها (abandon) ، وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد : « تعرض بعض المواد ... للالتزامات المنتفع ، وهي التزامات تجب في ذمته لأن في يده رقبة الغير **سحق بها** ، فتطوع إذن أن يتخلص منها إذا هو تخل عن حقه في الانتفاع . وتدور الالتزامات كلها حول وجوب المحافظة على العين ، مراعاة الحق صاحب الرقبة » (مجموعة الأعمال لتفسيرية ٦ ص ٥٣٩) .

(٢) صيانة الشيء ، والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف المعتادة . (٣) حفظ الشيء ، والمسئولية عن هلاكه . (٤) جرد المنقول وتقديم كفالة به .

١ - استعمال الشيء والانتفاع به . بموجب ما أعده لإدارته إدارة حسنة :

٥١٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٨ مدني على ما يأتي :

١ - « على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعده له . وأن يديره إدارة حسنة » .

٢ - « وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ، فإذا أثبت أن حقوقه في خملر جاز له أن يطالب بتقديم تأميمات . فإن لم يقدمها المنتفع ، وظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضي أن ينزع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها . بل له ، تبعاً لخطورة الحال ، أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع ، دون إخلال بحقوق الغير » (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٩ / ٢٠ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٩٤٨

- وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٥٤ -

وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٥ (٣) .

ونتكلم في مضمون هذا الالتزام ، ثم في جزاء الإخلال به .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٣ من المشروع التمهيدي على وجه

متطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ما عدا بعض الفروق . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٣ في المشروع النهائي ، بعد أن أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « بحالته التي تسلمه عليها » ، وإلى الفقرة الثانية عبارة « أو غير متفق مع طبيعتها » ، فأصبح النص مطابقاً لكل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٠ . فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٨ - ص ٥٤٠) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٩ / ٢٠ : يجب على من له حق الانتفاع أن يستعمل الشيء فيما رضع له .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٤٨ : ١ - على

المنتفع أن يستعمل العقارات كما لك معتن بمجهده ، وعليه على الأخصر أن يعلم المالك بالتهديدات التي تهدد عليها تغير على العقارات . وإلا كان مشغولاً عن الضرر الذي يلحق بمالكها .

٥١٣ - **مضمونه الالتزام** : يتسلم المنتفع الشيء المنتفع به بالحالة التي هو عليها وقت بداية حق الانتفاع ، وليس له أن يلزم مالك الرقبة أن يسلمه الشيء في حالة حسنة إلا إذا تعهد مالك الرقبة بذلك تعهداً خاصاً (١) .

ومتى تسلم الشيء على هذه الحالة ، فعليه أن يستعمله وفقاً لما أعده له المالك (٢) . وأن يستثمره على النحو الذي يستثمره به المالك ، وذلك كله وفقاً لما أعد له الشيء بحسب طبيعته . وعلى ذلك إذا كان الشيء داراً أعدت للسكنى ، لم يجوز له أن يحول هذه الدار إلى فندق أو إلى « بنسيون » أو إلى مخزن لحفظ البضائع أو نحو ذلك (٣) ولكن يجوز له أن يسكن الدار بنفسه ، أو أن يوجرها للسكنى . وإذا كان الشيء أرضاً زراعية أعدت لزراعة أشجار الفاكهة أو لزراعة الزهور ، لم يجوز للمنتفع أن يحولها إلى أرض زراعية

٢ - وعليه أيضاً أن يتابع العمل بصكوك التأمين المعقودة سابقاً ، وأن يسد أقساط التأمين المترتبة عليه . ٣ - وعلى المنتفع في استعماله العقار واستغلاله أن يعمل وفقاً لما اعتاده ملاك العقار السابقون ، ولا سيما فيما يتعلق بالغايات المعدة لها الأبنية ، وطريقة زراعة الأراضي ، واستثمار الأحراج والمقالع . غير أنه يمكنه زراعة الأراضي البور ، أو بصورة أهم تحسين طريقة الزراعة . م ٩٥٧ : ١ - يجوز إسقاط المنتفع من حقه بحكم قضائي بناء على طلب مالك الرقبة ، بسبب إساءة المنتفع في استعمال العقار ، لا سيما إذا أحدث تقريباً به أو إذا تركه يخرب لإفساده العناية به . ٢ - وفي هذه الحالة يجوز لدائن المنتفع أن يتدخلوا في الدعوى ، ويمكنهم أن يعرضوا تولى إصلاح ما تخرب وتقديم ضمانات للمستقبل . ٣ - وللقاضى ، حسب خطورة الظروف ، إما أن يحكم بإسقاط حق الانتفاع إسقاطاً مطلقاً ، وأما أن يأمر بعدم تسليم العقار إلى مالك الرقبة إلا على شريطة أن يدفع سنوياً للمنتفع أو لمن انتقل إليه حقه مبلغاً معيناً حتى الأجل المحدد لانتهاء حق الانتفاع . (وهذه الأحكام في مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصرى .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٢ (مذبذ) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٤ : ١ - على المنتفع أن يستعمل الشيء بحسب ما أعد له

٢ - (مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٩٨٨ مصرى)

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٤٤ وم ٥٤ (تكادان تطابقان المدينين ٩٤٨ و ٩٥٧)

من التقنين السورى ، وهاتان المادتان الأخيرتان مأخوذتان منهما) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٩١ .

(٣) أوبرى ورد ٢ فقرة ٢٣١ خ ٦٧٠ .

للمحصولات العادية كالقطن والقمح والفلو ، وأن يقتلع الأشجار المغروسة في الأرض . ولكن له أن يصلح الأراضي البور وأن يزرع فيها من المحصولات ما يلائمها ، ولا يعد هذا تغييرا في الاستعمال بل هو إصلاح فيه . وإذا كان الشيء متجرا للأقمشة أو مصنعا للزجاج ، لم يجوز له أن يغير شيئا من ذلك . فيجعل المتجر مثلا متجرا للأخشاب أو المصنع مصنعا للمنسوجات . وإذا كان الشيء سندات اسمية ، لم يجوز له أن يحولها إلى سندات لحاملها ، فإن في هذا تغييرا جوهريا في طبيعة الشيء ، فوق أنه يعد من أعمال التصرف والمنفعة لا يملك أن يقوم بهذه الأعمال (١) .

وينبغي عليه في جميع الأحوال أن يدير العين إدارة حسنة ، فإذا كانت متجرا مثلا وجب عليه أن يحسن إدارته ، أو كانت أرضا وجب عليه ألا يتركها بوراً أو أن ينيكها بالزراعة . فالعناية التي يجب عليه بذلها في إدارة الشيء واستغلاله هي عناية الرجل المعتاد ، فلا يجوز له أن ينزل عن هذا القدر من العناية ، حتى لو كان هو أو مالك الرقبة ينزل عنها في إدارة شئونه نفسه (٢) .

٥١٤ - جزاء الإضرار بالالتزام : فإذا استعمل المنتفع الشيء استعمالا

غير مشروع ، بأن استعمله لغير ما أعد له ، أو استعمالا غير متفق مع طبيعته . ونجم عن هذا الاستعمال خطر على الرقبة : فلمالك الرقبة أن يطلب من المنتفع أن يكف عن هذا الاستعمال ، وله أيضا أن يطالبه بتقديم تأمينات ككفيل أو رهن لضمان تعويض ما عسى أن ينجم من الأضرار عن هذا الاستعمال . فإذا لم يقدم المنتفع التأمينات المطلوبة : أو قدمها ولكنه استمر في سوء استعماله ، جاز للمالك أن يطلب من القاضي تسليم العين إلى أمين يتولى إدارتها ويعطى الخلة للمنتفع .

(١) انظر آتفاً فقرة ٥٠٨ .

(٢) مازو فقرة ١٦٨١ ص ١٣٣٢ - وانظر استئناف مخطط ١٦٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦

م ٣٩ ص ٩٥ - وقد قضى بأنه إذا ثبت أن المنتفع بقطعة أرض زراعية قد أخذ أتربة منها بحيث هبط مستواها إلى عمق متوسط متر : فقد استعملها استعمالا غير جائز ، وسقط بذلك حقه في الانتفاع (ملف ١٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٩٣ ص ٧٨٤) .

بل إن للقاضي بناء على طلب المالك ، إذا رأى سوء الاستعمال خطيراً إلى حد يستوجب إجراء أشد ، أن يحكم بإنهاء حق الانتفاع أى باسقاطه قبل انتهاء مدته أو قبل موت المنتفع ، فيضيق على المنتفع المدة الباقية له من مدة الانتفاع . ولكن يجب في هذه الحالة مراعاة حق الغير ، فإذا كان حق الانتفاع مرهوناً مثلاً ، احتفظ الدائن المرتهن بحقه . وعلى ذلك ترد العين إلى المالك ، ولكن حق الانتفاع فيها المدة الباقية لهذا الحق مثقل بالرهن ، ويجوز للدائن المرتهن أن يحجز على حق الانتفاع محدوداً على هذا النحو ، لا على حق الملكية ، ويتقاضى حقه من ثمن حق الانتفاع بعد بيعه في المزاد (١) .

§ ٢ - صيانة الشيء والقيام بنفقات الصيانة وبالكاليف المعتادة

٥١٥ - نص قانونى : تنص المادة ٩٨٩ مدنى على ما يأتى :

- ١ - المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل مايفرض على العين المنتفع بها من تكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة .
- ٢ - أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه فى ذلك . فإن كان المنتفع هو الذى قام بالاتفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع (٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد

يكون مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٠٦٤ من المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية فى الفقرة الأولى ، نصار النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٠ - ص ٥٤٢) . ولاسقبال للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٤٩ : ١ - تكون

على عاتق المنتفع الضرائب العقارية المختلفة ، وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار .

٢ - أما التصليحات الكبيرة أى التى تتعلق بتجديد قسم مهم من العقار وتستوجب مصاريف هجر عادية ، فإنها تترتب على مالك الرقبة .

م ٩٥٠ : ١ - إن مالك الرقبة والمنتفع غير ملزمين بإعادة بناء ما تهدم بسبب قدمه ، أو قسماً ، وقدرأ . ٢ - إلا أنه إذا حدث الانهدام على أثر كارثة ، وكان العقار المهلوم كله لو بفضه مؤمناً ، فيجوز بناء على طلب مالك الرقبة أو المنتفع ، استعمال التعويض المدفوع لتجديده

وبخلاص من هذا النص أن المنتفع ملتزم بصيانة الشيء^(١) المنتفع به ، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة ، وبكل التكاليف المعتادة الأخرى . أما التكاليف غير المعتادة ، كتكاليف الإصلاحات الجسيمة ، فهي على مالك الرقبة على أن يتحمل المنتفع فوائد هذه التكاليف طول مدة الانتفاع . فنستعرض الآن كلا من التكاليف المعتادة والتكاليف غير المعتادة .

٥١٦ - التكاليف المعتادة : لما كان المنتفع ملتزماً بصيانة الشيء^(٢) المنتفع به كما قدمنا ، فإن تكاليف الصيانة يتحملها المنتفع بأكملها ، لأنها من التكاليف المعتادة^(٣) . ويعتبر كذلك من التكاليف المعتادة فيتحملها المنتفع ، تكاليف إدارة الشيء^(٤) المنتفع به ، إذ أن هذه التكاليف ضرورية لحصول المنتفع على الثمار . ويعتبر أيضاً من التكاليف المعتادة ، فيتحملها المنتفع وحده ، الضرائب والرسوم المضروبة على الشيء^(٥) المنتفع به ، من أموال على الأراضي الزراعية وعوائد على المباني ورسوم بلدية وضريبة دفاع وضريبة خفر وضريبة إضافية وغير ذلك من أنواع الضرائب الأخرى .

ولكن يجوز للمنتفع أن يتفق مع مالك الرقبة على أن تكون هذه التكاليف المعتادة كلها أو بعضها على الأخير : وهذا لا يمنع ، فيما يتعلق بالضرائب

بناء المقار أو لترميمه . (وهذه الأحكام في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري)
التقنين المدني الليبي م ٩٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٥ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٥ - ٤٦ (تكادان تطابقان المادتين ٩٤٩ - ٩٥٠

مدني سوري وهاتان المادتان الأخيرتان مأخوذتان منهما) .

(١) ويعتبر من أعمال الصيانة ، ويعتبر في الوقت ذاته من أعمال الحفظ ، أن يجدد المنتفع قيد الرهون ، وأن يقطع التقادم إذا كان حق يشمل الانتفاع مهدداً بالسقوط بالتقادم (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣١ من ٦٧١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٢ من ٨١٥) .

(٢) ويلتزم المنتفع بأعمال الصيانة *réparations d'entretien* نتيجة لالتزامه بأن ينتفع بالشيء كما ينتفع المالك بملكه . هذا إلى أن أعمال الصيانة من التكاليف التي يقتضيها الحصول على الثمار وتُدفع عادة من الربح ، في حين أن الإصلاحات الجسيمة تدفع عادة من رأس المال فتكون على المالك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٤ من ٨١٧) . وانظر في تحديد أعمال الصيانة وأعمال الإصلاحات الجسيمة المادة ٦٠٦ مدني فرنسي .

الرسوم ، أن يلتزم المنتفع بدفعها لجهة الإدارة على أن يسردها من مالك الرقبة (١) .

٥١٧ - التكاليف غير المعتادة : وهذه كما قدمنا على المالك ، على أن يتحمل المنتفع فوائدها طول مدة الانتفاع . ومن التكاليف غير المعتادة تكاليف لإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، أما إذا نشأت عن خطأ المنتفع فهو الذى يتحملها وحده . فإذا احتاجت الدار المنتفع بها مثلاً إلى إصلاحات جسيمة لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، لم يلتزم أحد ، لا المنتفع ولا مالك الرقبة ، بالقيام بهذه الإصلاحات كما سئرى (٢) . ولكن يجوز للمالك الرقبة ، للمحافظة على ملكه ، أن يقوم بها . وفي هذه الحالة تكون التكاليف عليه ، وعلى المنتفع أن يدفع فوائدها بالسعر القانونى لمالك الرقبة طول مدة الانتفاع . ويصح ، عند امتناع مالك الرقبة عن القيام بها ، أن يقوم بها المنتفع للمحافظة على حق انتفاعه . وفي هذه الحالة يدفع تكاليف هذه الإصلاحات ، على أن يسردها من مالك الرقبة عند نهاية حق الانتفاع ، فيكون هنا أيضاً قد تحمل فوائدها طول مدة الانتفاع (٣) .

ويعتبر من التكاليف غير المعتادة مصروفات دعوى تعيين الحدود ، فهذه لترم بها مالك الرقبة ، ويتحمل المنتفع الفوائد طول مدة الانتفاع ، وإذا قلم المنتفع هذه المصروفات فله الحق فى استردادها من المالك عند نهاية حق الانتفاع . وكذلك يعتبر من التكاليف غير المعتادة المبالغ الباقى دفعها من القيمة الاسمية للأسهم التي لم يتم الوفاء بكل قيمتها الاسمية (actions non libérées) ، فهذه على مالك الرقبة ويتحمل المنتفع الفوائد طول مدة الانتفاع ، فان قدمها المنتفع محافظة على الأسهم من السقوط فانه يسرد مادفعه من المالك عند نهاية حق الانتفاع (٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤٠ .

(٢) أنظر مايل فقرة ٥٣٣ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤١ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤١ .

وإذا كان العقار المنتفع به مثقلا برهن رسمي ، فإن الدين المضمون بالرهن يلتزم بدفعه مالك الرقبة المدين بهذا الدين . فإن لم يدفعه ، ورجع الدائن المرتهن بدعوى الرهن على المنتفع باعتباره حائزا للعقار فيدفع هذا ما على العقار من الدين ، فإنه يرجع بما دفع فورا على مالك الرقبة ، ولا يجبر على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتى يسرده (١) .

§ ٣ - حفظ الشيء والمسئولية عن هلاكه

٥١٨ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٩٠ مدني على ما يأتي :

« ١ - على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الرجل المعتاد » .

« ٢ - وهو مسئول على هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي ، إذا كان قد تأخر عن رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع » .

وتنص المادة ٩٩١ مدني على ما يأتي :

« إذا هلك الشيء أو تلف ، أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته ، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا ، فعلى المنتفع أن يبادر باخطار المالك . وعليه إخطاره أيضا إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه على الشيء نفسه » (٢) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤٢ - وإذا كان المنتفع موصى له بحق الانتفاع

بجزء من التركة ، فإنه يتحمل من فوائد ديون التركة ما يتناسب مع هذا الجزء الموصى به . فإن دفع الورثة ديون التركة ، فإنهم يرجعون على المنتفع بفوائد جزء من هذه الديون يتناسب مع الجزء الموصى به . وإن دفع المنتفع الجزء من الديون الذي يتناسب مع الجزء الموصى به له ، فإنه يرجع على الورثة بما دفع عند نهاية حق الانتفاع . فإذا لم تدفع الورثة الديون ، ولم يتقدم المنتفع بدفعها ، بيع من أعيان التركة ما يفي بالديون ، ويكون في ذلك انتقاص من الجزء من التركة الموصى بحق انتفاعه يتحمله المنتفع (انظر المادة ٦١٢ مدني فرنسي ، والمواد ٩٥١ - ٩٥٣ من التقنين المدني السوري ، والمواد ٤٧ - ٤٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني) . وانظر فيمن يتحمل مصروفات الدعاوى التي تتعلق بحق الانتفاع وبالرقبة المادة ٦١٣ مدني فرنسي .

(٢) تاريخ النصوص : ٩٩٠ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٥ من المشروع التمهيدى

على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ماعدا أن نص المشروع التمهيدى كان يشتمل في آخر الفقرة الثانية على عبارة « حتى لو لم يطلب المالك الرد » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٥ في المشروع النهائي ، بعد حذف عبارة « ولو لم يطلب

وتقابل النصوص المادة ٤٣/٢٤ من التقنين المدني السابق (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢١/٩٤٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩٤-٩٩٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١/١٢٥٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٤٤ (٢) .
ونتكلم فيما يأتي : (١) مدى مسؤولية المنتفع عن حفظ الشيء . (٢) أمثلة عن أعمال الحفظ التي يجب على المنتفع القيام بها . (٣) القيود الواردة على مسؤولية المنتفع عن حفظ الشيء .

المالك الردء من آخر الفقرة الثانية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٢ - ص ٥٤٤) .

م ٩٩١ : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
«إذا هلك الشيء أو تلف ، أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك القيام به ، أو اتخاذ إجراء يقيه من الخطر لم يكن منظوراً ، فعمل المنتفع أن يبادر بإخطار المالك ، وعليه إخطار المالك أيضاً إذا اغتصب أجنبي حقاً على الشيء» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٦ في المشروع النهائي ، بعد استبدال عبارة «ما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته» بعبارة «ما يجب على المالك القيام به» ، واستبدال عبارة «إذا استملك أجنبي بحق يدعيه على الشيء نفسه» بعبارة «وإذا أفتصب أجنبي حقاً على الشيء» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٤ - ص ٥٤٦) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤٣/٢٤ : لا يسأل المنتفع عن ضياع أو تلف الشيء متى كان حاصلًا دون تقصير منه .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١/٩٤٨ : ١ - على المنتفع أن يستغل العقارات كمالك معتن مجتهد . وعليه على الأخص أن يعلم المالك بالتهديدات التي يقدم عليها الغير على العقارات ، وإلا كان مسئولاً عن الضرر الذي يلحق بما لكها . ٢ - وعليه أيضاً أن يتابع العمل بصكوك التأمين المعقودة سابقاً ، وأن يسدد أقساط التأمين المترتبة عليه . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٥/٩٩٤ م - (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/١١٥٤ : على المنتفع أن يستعمل الشيء بحسب ما أعد له ، وأن يبذل من العناية في حفظه ما يبذله الشخص المعتاد . وهو مسئول عن هلاكه ولوبنير تمد ، إذا كان قد تأخر في رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع (وهذا النص يكاد يطابق المادتين ٩٩٠ و ١/٩٨٨ مدنى مصرى) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني : م ١/٤٤ (تكاد تطابق المادة ٢١/٩٤٨ مدنى سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

٥١٩ - مدى مسؤولية المتفع عن حفظ الشيء : تقول الفقرة الأولى

من المادة ٩٩٠ مدني ، كما رأينا (١) ، أنه « على المتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد » . فهناك إذن التزام على المتفع ، هو أن يقوم بالمحافظة على الشيء . وهو التزام يبذل عناية لا بتحقيق غاية ، فيطلب من المتفع في القيام بهذا الالتزام أن يبذل عناية الشخص المعتاد ، وذلك سواء حصل على حق الانتفاع معاوضة أو تبرعا . فالخطأ الذي يسأل عنه المتفع في حفظ الشيء هو أن ينحرف ، في المحافظة عليه ، عن السلوك المألوف للشخص المعتاد .

والخطأ هنا لا يفترض في جانب المتفع ، بل على مالك الرقبة ، إذا أصاب الشيء تلف ، أن يثبت أن هذا التلف قد وقع بخطأ المتفع ، أي بانحرافه في المحافظة على الشيء عن سلوك الرجل المعتاد . فإذا لم يستطع مالك الرقبة إثبات ذلك ، فلا مسؤولية على المتفع . أما إذا أثبت مالك الرقبة خطأ المتفع على هذا النحو ، فإن مسؤولية المتفع عن التعويض تسرى عليها أحكام القواعد العامة . فيكون المتفع مسئولاً عن تعويض مالك الرقبة عن جميع الأضرار التي لحقت بهذا الأخير من جراء تلف الشيء أو هلاكه .

ويعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، ومن ثم يعتبر خطأ يكون المتفع مسئولاً عنه ، أن يتأخر المتفع في رد الشيء للمالك بعد انتهاء مدة الانتفاع فيهلك الشيء في يده ولو كان الهلاك بسبب أجنبي (م ٢/٩٩٠ مدني) . والخطأ الذي يعتد به هنا هو تأخر المتفع عن رد الشيء إلى المالك ، وقد اقترن الهلاك بهذا الخطأ فيكون المتفع مسئولاً عن تعويض المالك عن الضرر الذي لحق به من جراء هلاك الشيء . وغنى عن البيان أنه يخلص مما تقدم أن المتفع يلتزم برد الشيء إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « على المتفع أيضاً أن يحافظ على الشيء ، ويبذل من العناية في ذلك ما يبذله الشخص المعتاد . فان انتهى حق الانتفاع ، وجب عليه الرد . فإذا تأخر الرد وهلك الشيء ، ولو بسبب أجنبي ، كان مسئولاً عن الهلاك ، حتى لو كان المالك لم يطالب بالرد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٣) . وانظر كاربرنييه ص ١١٠ .

٥٢٠ - أمثلة من أعمال الحفظ التي يجب على المنتفع القيام بها : ومن أمثلة أعمال الحفظ التي يجب على المنتفع القيام بها أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بكل ما يتعرض له العين من أخطار مما يلزم المالك أن يتوقاه بنفسه ، حتى يتيسر لهذا الأخير أن يبادر إلى القيام بما تقتضيه الظروف من أعمال الوقاية. فإذا انتزع أجنبي الحيازة من المنتفع ، أو تعرض الأجنبي له في حيازته مستمسكا بحق يدعيه على الشيء نفسه كحق ملكية أو حق ارتفاق ، أو تعرض الشيء لخطر لم يكن منظورا كأن سطت عليه اللصوص أو استولت عليه الإدارة ولو استيلاء مؤقتا أو خربته غارة جوية ، أو هلك الشيء أو تلف لسبب لا يرجع إلى خطأ المنتفع كأن كان ذلك يرجع إلى سبب أجنبي أو إلى القدم (vetusté) ، أو احتاج الشيء إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته ، وجب على المنتفع أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بما وقع (م ٩٩١ مدني) . وليس للإخطار شكل خاص ، فيصح أن يكون بكتاب أو شفويا ، ولكن يجب على المنتفع أن يثبت أنه قام بالإخطار اللازم . فإذا لم يثبت ذلك ، كان مسئولاً عن تعريض الضرر الذي يصيب مالك الرقبة من عدم المبادرة إلى الإخطار .

ومن أمثلة أعمال الحفظ أيضا ألا ينهك المنتفع بأرض زراعية الأرض بزراعة تدر عليه ربحا كبيرا ، غير مبال بما يصيب الأرض من ضرر يلحق مالك الرقبة في سبيل الحصول على هذا الربح الكبير لنفسه . وكذلك لا يجوز له ، وهو يسكن الدار التي ينتفع بها ، أن يتلف الأبواب والنوافذ ، أو أن يلحق بالدار ضررا غير مألوف ، أو ألا يقوم بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على سلامة الدار وما يلحق بها من أنابيب المياه والغاز والأحواض وغيرها مما يحتاج إلى عناية في حفظه .

وإذا كان المالك قد أمن على الشيء ، فانه يعتبر من أعمال الحفظ أن يحدد المنتفع هذا التأمين ، وأن يدفع أقساط التأمين طول مدة انتفاعه (١) .

(١) أنظر م ٢/٩٤٨ مدني سوري وم ١/٤٢ من قانون الملكية المقاربية اللبناني . وانظر كذلك المادة ١٠٤٥ مدني المال . أما في فرنسا فيبدو أن المنتفع لا يلتزم بتجديد عقد التأمين (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢٢ - مازو فقرة ١٦٨١) .

٥٢١ - القيود الواردة على مسؤولية المنتفع عن حفظ الشيء : ويرد على مسؤولية المنتفع عن حفظ الشيء قيدان :

(القيد الأول) لا يكون المنتفع مسئولاً عن إعادة البناء الذي تهدم بسبب فجائي أو بسبب القدم (م ٦٠٧ مدني فرنسي) . فما دام التهدم لا يرجع إلى خطأ في جانبه كإهماله في القيام بأعمال الصيانة ، فهو غير مسئول عنه ، ولا يلزم بإعادة البناء . وكذلك الإصلاحات الجسيمة فقد قدمنا أنه غير مسئول عنها ، إلا إذا كانت راجعة إلى خطئه . وإذا كان المنتفع غير ملزم بإعادة البناء ولا بالإصلاحات الجسيمة في الأحوال التي قدمناها ، فإن مالك الرقبة غير ملزم هو أيضاً بذلك . وإذا هو أعاد البناء أو قام بالإصلاحات الجسيمة ، فإن له يرجع بفوائد التكاليف التي أنفقها على المنتفع طول مدة الانتفاع ، وإذا قام المنتفع نفسه بإعادة البناء أو بالإصلاحات الجسيمة ، فإن له أن يسترد التكاليف من مالك الرقبة عند انتهاء حق الانتفاع (١) .

(القيد الثاني) يستطيع المنتفع أن يتخلص من التزامه بحفظ الشيء وبالقيام بأعمال الصيانة الواجبة ، وذلك بالتخلي (abandon) عن حقه في الانتفاع . فإن هذا الالتزام الترام عيني كما قدمنا : فإذا تخلى عن العين تخلى من الالتزام الذي كانت العين سبباً فيه . على أنه لا يتخلص من الالتزام إلا من وقت التخلي ، أما ما وجب عليه من أعمال الصيانة قبل ذلك فيلتزم بالقيام به من وقت التخلي ، حتى لو رد الثمار التي قبضها من العين منذ بداية الانتفاع . فقد ترتب الالتزام نهائياً في ذمته قبل التخلي ، وليس للتخلي أثر رجعي (٢) .

§ ٤ - هرد المنقول ونعديم كفالة به

٥٢٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٩٢ مدني على ما يأتي :

١ - إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، وجب جرده ،

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

(٢) بودري وشوفو فقرة ٦٨٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٧ ص ٨٢٠ -

وقارن أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣١ وهاش ٢٢ .

ولزم المنتفع تقديم كفالة به . فان لم يقدمها بيع المال المذكور ، ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولى المنتفع على أرباحها .

٢١ - وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه أن يرد بالما عند انتهاء حقه في الانتفاع . وله نتاج المواشي ، بعد أن يعرض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجيء (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المواد ٢١-٢٣/٤٠-٤٢ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٩٣٩ - ٩٤٢ - وفي التقنين المدني الليبي ٩٩٦ - وفي التقنين المدني العراقي

م ١٢٥٦ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٥ - ٣٨ (٣) .

٥٢٣ - الاقتصاد في التزام على المنقول دون العقار : في

ترتيب التزام في ذمة المنتفع بالجرد (inventaire) وبتقديم كفالة caution يقتصر التقنين المدني المصري ، كما نرى من النص سالف الذكر ، على المنقول دون العقار . أما العقار فلا يلتزم المنتفع في شأنه بأن محرر بياناً (état) عنه ، ولا أن يقدم كفالة به . وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي ، فانه يوجب الجرد في المنقول وتحرير البيان في العقار ، ويوجب في الحالتين على المنتفع تقديم كفالة . وقد سار التقنين المدني المصري الجديد في ذلك على سنة التقنين المدني المصري السابق ، فقد كان هذا التقنين أيضاً لا يوجب الجرد ولا الكفالة إلا في المنقول .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٧ من المشروع التمهيدى مل وجه مصابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٦ - ص ٥٤٨) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٠ / ٢١ : إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، وجب حصره بالجرد ، ولزم المنتفع تقديم كفالة به . فان لم يقدمها بيع المال المذكور ، فوضع ثمنه في أوراق أميرية ، وأعطيت أرباحها إليه .

م ٤١/٢٢ : يجوز للمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التي تنعدم بالاستمتاع ، إنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع .

م ٤٢/٢٣ : الزيادة التي تحصل من نتاج المواشي تكون للمنتفع بها ، إنما بعد أن يستعرض من النتاج ما نفق من الأصل بأفة سبوية .

(وهذه النصوص جميعاً تتفق مع نص التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويبرر الخطة التي سار عليها التقنين المدني المصري ، السابق والجديد ، أن العقار لا يخشى عليه ، وقل أن يحدث في ذاته أو في قيمته خلاف . وإذا أراد مالك الرقبة أن يحتاط فيما يتعلق بحالة العقار ، فله أن يحرر بياناً بحالته ، ولكن هذا لا يكون التزاماً في ذمة المنتفع . والأمر مختلف بالنسبة إلى المنقول ، فهو عرضة للضياع ، وقد لا يتيسر اثبت من ذاته أو من قيمته ، فأوجب المشرع على المنتفع أن يجري جرده في محضر حتى تتعين ذاته ، مع تقويمه حتى تتحدد قيمته . ثم لما كان من اليسر تبديد المنقول أو ضياعه ، فقد أوجب المشرع المصري أيضاً على المنتفع أن يقدم كفالة به ، حتى يضمن بذلك حق مالك الرقبة في استرداده أو استرداد قيمته عند نهاية حق الانتفاع .

٥٢٤ - محرر محضر جرد بالمنقول : ولم يوجب القانون شكلاً خاصاً لمحضر الجرد ، على خلاف التقنين المدني الفرنسي الذي يوجب أن يحرر

= التقنين المدني المصري م ٩٣٩ : ١ - يجب على المنتفع قبل مباشرة الانتفاع :
(١) أن ينظم كشفاً بالمقاربات (ب) أن يقدم كفلاً قديراً على الدفع . ٢ - على أنه يجوز إعفاؤه من هذين الالتزامين بنص السند الذي ينشأ بموجبه حق الانتفاع .
م ٩٤٠ : ١ - يجب تنظيم الكشف باستمرات بحضور المالك أو بعد أن يدعى إلى ذلك بطريقة قانونية ، ويجب تحريره على الشكل المتبع لدى الكاتب العدل ، على نفقة المنتفع .
٢ - على أنه يجوز للمنتفع أن يتفق ومالك الرقبة ، بشرط أن يكون الطرفان حائزين على أهلية التعاقد ، على وضع الكشف بالتراضي وبدون نفقة .
م ٩٤١ : إذا قدمت الكفالة متأخرة ، فالتأخر التي يكون قد تناولها مالك العقار أثناء هذا التأخير ترد للمنتفع . ٢ - ويجوز أن يستعاض عن الكفانة برهن أو تأمين على أموال تعتبر كافية .

م ٩٤٢ : إذا لم يقدم المنتفع الكفالة ولا ضمانة أخرى ، فتؤجر المقاربات الجارية عليها حق الانتفاع أو تسلم إلى حارس قضائي ، وتؤخذ أجرة الحارس من ثمار العقار .
(وهذه النصوص ، كنصوص قانون الملكية المقارنة اللبناني ، التي هي مصدرها ، لا تنكلم إلا عن حق الانتفاع بالمقار) .
التقنين المدني الليبي م ٩٩٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٢٥٦ (توافق الفقرة الأولى من المادة ٩٩٢ مدني مصري) .
قانون الملكية المقارنة اللبناني م ٣٥ - ٣٨ (توافق المواد ٩٣٩ - ٩٣٨ مدني سوري
سابقة الذكر ، وهذه المواد الأخيرة مأخوذة منها) .

محضر الجرد في ورقة رسمية ما لم يعف المنتفع من هذه الرسمية أو يعف من تحرير محضر الجرد أصلاً . فني مصر إذن يجوز تحرير محضر الجرد في ورقة عرفية ، ويوقع عليه كل من المنتفع ومالك الرقبة ، ويكون هو الدليل الكتابي على ما تسلمه المنتفع من المنقولات وحالة هذه المنقولات وقيمتها . ويجوز إعفاء المنتفع من تحرير محضر الجرد في سند حق الانتفاع ، أى في العقد أو الرصية التي أنشأت هذا الحق . ولا يعد سكوت مالك الرقبة عن تحرير محضر الجرد بعد تسلم المنتفع للمنقولات إعفاء للمنتفع من تحرير هذا المحضر ، بل يصح أن يطالب مالك الرقبة المنتفع بعد أن يكون هذا قد سلم المنقولات بتحرير المحضر .

وعدم قيام المنتفع بالتزامه من تحرير محضر الجرد لا يترتب عليه أن يفقد حق انتفاعه ، بل كل ما يترتب عليه أنه لا يستطيع تسلم المنقولات من مالك الرقبة قبل تحرير هذا المحضر . وللمنتفع بعد تحرير محضر الجرد أن يتسلم المنقولات وأن يتسلم ثمارها من بداية حق الانتفاع ، فان حقه لم يسقط في تقاضى هذه الثمار (١) .

٥٢٥ - تقديم الكفالة بالمنقول : ولا يكفى تحرير محضر جرد للمنقول ، بل يجب على المنتفع أن يقدم في الوقت ذاته لمالك الرقبة كفالة بهذا المنقول : فاذا أضعاع المنتفع المنقول أو بدده أو أتلفه أو ألحق به أى ضرر ، كان الكفيل ضامناً للتعويض الذى يلتزم المنتفع بدفعه لمالك الرقبة . ويجب أن يكون الكفيل مقتدرأ ومقيماً في مصر ، ويقوم مقام الكفالة أن يقدم المنتفع رهناً رسمياً أو رهن حيازة (٢) . وإذا كانت السندات المنتفع بها سندات لحاملها ، فان تحويلها إلى سندات اسمية ، تسجل باسم مالك الرقبة بالنسبة إلى الرقبة وباسم المنتفع بالنسبة إلى حق الانتفاع ، يكون ضماناً كافياً ، ويعفى المنتفع من تقديم كفالة (٢) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢٢ .

(٢) وتنص المادة ٧٧٤ مدنى حل أنه « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر . وله أن يقدم ، عوضاً عن الكفيل ، تأييداً عينياً كافياً » .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢٦ .

وعدم قيام المنتفع بتقديم كفالة على النحو المتقدم الذكر لا يحرمه من حق الانتفاع ، ولكن يمنعه من تسلم المنقولات قبل تقديم الكفالة ، فإذا ما قدمها فانه يتسلم المنقولات كما يتسلم ثمارها من وقت بداية حق الانتفاع ، على النحو الذى قدمناه فى تحرير المحضر . وإذا سلم مالك الرقبة المنقولات قبل أن يقدم المنتفع الكفالة ، فان هذا لا يعفى المنتفع من تقديم الكفالة فيما بعد ، إلا إذا استخلص من تسليم المنقولات على هذا النحو نزول ضمنى من مالك الرقبة عن الكفالة (١) .

ويجوز إعفاء المنتفع من تقديم الكفالة ، إعفاء صريحاً أو ضمناً . فيرد الإعفاء صراحة فى السند الذى ينشئ حق الانتفاع من عقد أو وصية ، كما يستخلص ضمناً من أن المالك باع العين أو رهنها واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، فان سكوت المشتري أو الموهوب له عن اشتراط تقديم الكفالة يستفاد منه أن مالك الرقبة قد نزل عن حقه فى طلب الكفالة (م ٦٠١ مدنى فرنسى) .

وإذا لم يقدم المنتفع الكفالة ولم يعف، من تقديمها ، فانه يجوز لمالك الرقبة أن يطلب بيع المنقولات بالطريقة التى تقرها المحكمة ، وتوظيف ثمنها فى سندات عامة ، أى سندات على الدولة كسندات الدين الموحد أو سندات قرض الانتاج ، لأن هذه السندات توفر نكل من مالك الرقبة والمنتفع قدرأ كبيراً من الضمان . ويكون للمنتفع فى هذه الحالة أرباح هذه السندات طول مدة الانتفاع ، ولا يدخل فى الأرباح ما عسى أن أن يكسب السند من جائزة ، بل الجائزة تكون لمالك الرقبة ، فإذا انتهى حق الانتفاع ، ردت السندات لمالك الرقبة ، وأصبحت ملكيته لها كاملة وله أن يتصرف فيها كما يشاء .

٥٢٦- الانتفاع بالاشياء القابلة للمستهلاك والاقتناع بقطع من المواشى

إشارة : وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ مدنى ، كما رأينا (٢) ، إن المنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للمستهلاك ، وإنما عليه

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٩ ص ٦٤٤ - بلايول ورييدويكار ٣ فقرة ٨٢٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٢٢ .

أن يرد بلحا عند انتهاء حقه في الانتفاع . وله نتاج المواشي بعد أن يعرض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجيء . وهذا النص يشير ، فيما يتعلق بالآشياء القابلة للاستهلاك ، إلى شبه حق الانتفاع ، وقد سبق الكلام ذلك ، كما يشير فيما يتعلق بالمواشي إلى الانتفاع بقطع من المواشي وقد سبق أيضا الكلام فيه ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (١) .

المبحث الثاني

آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى مالك الرقبة

٥٢٧ - هو التصرف في الرقبة : لمالك الرقبة أن يتصرف تصرف الملاك في الرقبة ، بحيث لا يكون في هذا التصرف ضرر يلحق انتفاع المنتفع بالعين . فله أن يبيع الرقبة أو يقايض عليها أو يقدمها حصة في شركة أو يقدمها مقابلاً لوفاء دين في ذمته أو يهبها أو يوصي بها . وينتقل إلى مالك الرقبة الجديد ، على هذا النحو ، جميع حقوق المالك السابق ، وبوجه خاص يصبح مالكا للعين ملكية كاملة بعد انتهاء حق الانتفاع (٢) .

ولمالك الرقبة في العقار أن يرهنها رهناً رسمياً ، ولدائنيه أن يأخذوا عليها حق اختصاص . وقد يترتب على الرقبة في العقار والمنقول حق امتياز كما إذا باع مالك العقار أو المثل حق الرقبة واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، فيكون له حق امتياز على الرقبة لاستيفاء الثمن . فإذا ترتب حق من هذه الحقوق على الرقبة ، جاز للدائن أن يبيعها استيفاء لحقه ، فيكون للراعي عليه المزايا نفس حقوق مالك الرقبة الأصلي ، وعلى ذلك يصبح مالكا للعين ملكية كاملة عند انتهاء حق الانتفاع (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٧٧ و فقرة ٤٩٥ .

(٢) أنظر م ٩٥٨ من التقنين المدني السوري وم ٥٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

(٣) وفي التنفيذ على الرقبة لا يدخل المنتفع طرفاً في الإجراءات ، لأن حقه لا يتأثر ولا يضار بهذا التنفيذ (استئناف مخطوط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥١) . ولا يجوز للمنتفع التدخل في تغطية تضمن رقبة العين المنتفع بها ، لأن المنتفع حقه عين لا يتأثر بالتغطية ولا يضار بها (استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٤) .

وإذا باع مالك الرقبة الملكية الكاملة للعين ، لم ينفذ هذا البيع في حق المنتفع إلا برضاه . وقد يتفقان على أن يختص كل منهما بجزء من الثمن يتناسب مع قيمة حقه ، أو لن يثنى الثمن كله لمالك الرقبة على أن يكون للمنتفع فوائده . إلى نهاية حق الانتفاع ، أو على أمر آخر برتضيانه معاً (قانون بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤٨) .

ولمالك رقة العقار أيضاً أن يرتب حق ارتفاق على العقار ، فإذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع انتفاع المنتفع ، لم يجوز لمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع (١) .

٥٢٨ - الحق في الحصول على ما تنجب العين إذا لم يكن ثماراً :

وإذا كان من المسلم به أن تكون ثمار العين للمنتفع ، فإن ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثماراً يكون لمالك الرقة . فإذا كان الشيء المنتفع به سندا أو سهماً و ربح جائزة ، فالجائزة لا تعتبر ثماراً وتكون لمالك الرقة ويكون للمنتفع فوائد الجائزة (٢) . وإذا وزعت الشركة جزءاً من احتياطياتها على المساهمين ، أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال أو كانت تمثل حصة ساهمت بها الشركة في شركة أخرى ، اعتبر هذا جزءاً من رأس المال لا من الربح ، فيكون لمالك الرقة وتكون فوائده للمنتفع . وإذا أصدرت الشركة أسهماً جديدة لزيادة رأس المال ، وأضافت علاوة (prime) على القيمة الاسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم في الاحتياطيات ، فهذه العلاوة لا تعتبر ربحاً بل هي جزء من رأس المال . فإذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق مالك الرقة وللمنتفع الفوائد (٣) .

٥٢٩ - من مباشرة الدعاوى التي تتعلق بالرقبة ولمالك الرقة أن

يباشر الدعاوى التي تتعلق بالرقبة . فله أن يرفع دعوى الاستحقاق . ودعاوى الحيازة ، ودعوى الإقرار بحق ارتفاق أو إنكاره ، ودعوى القسمة ، ودعوى تعيين الحدود (٤) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩٨ .

(٣) أنظر في كل ذلك آنفاً فقرة ٤٩٨ - وإذا كان ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثماراً هو حق مالك الرقة على النحو الذي قدمناه ، فأولى أن يكون من حق مالك الرقة ما لم تنتجه العين ولا يعتبر جزءاً منها . فالكثر الذي يعثر عليه في المقار المنتفع به يكون من حق مالك الرقة دون المنتفع ، بل إن المنتفع لا يحق له الحصول على الفوائد في هذه الحالة لأن الكثر ما، مستقل عن المقار وليس ناتجاً منه ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٩٦) .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٣ ص ٦٨٧ - بودرى وشوفو فقرة ٥٥٨ - بلانيول

ريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٠ ص ٨٠٣١ - وإذا كانت هناك دعوى تتعلق بالرقبة وحق =

٤ ٢ - عمولة مالك الرقبة بالمنفعة

٥٣٠ - وجود التزامات شخصية في ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة ؛

رأينا أن هناك التزامات شخصية ترتب في ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة ، وهي التزامات نشأت بحكم القانون من واقعة مادية ، هي وجود العين تحت يد المنتفع (١) فهذه الالتزامات تجعل الحق لمالك الرقبة في أن يطالب المنتفع بتنفيذها بمجرد أن يخل بها هذا الأخير ، ولا يجبر مالك الرقبة على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتى يطالب بتنفيذها . بل إن لمالك الرقبة أن يطلب الحكم بإسقاط حق الانتفاع قبل نهايته ، إذا أساء المنتفع استعمال الشيء أو استثماره إلى درجة تعرض الرقبة للخطر (م ٢/٩٨٨ ملغى) (٢) . وعلى المنتفع بوجه خاص أن يرد العين للمالك عند نهاية حق الانتفاع .

٥٣١ - لا توجد التزامات شخصية في ذمة مالك الرقبة نحو المنتفع ؛

ولما كان المنتفع له حق عيني على العين هو حق الانتفاع ، فإن له بموجب هذا الحق العيني سلطة مباشرة على العين لا يحتاج في استعمالها إلى تدخل مالك الرقبة ، كما يحتاج المستأجر الذي ليس له إلا حق شخصي لتدخل المؤجر لتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة . وعلى ذلك لا توجد التزامات شخصية في ذمة مالك الرقبة نحو المنتفع ، والمنتفع وشأنه ينتفع بالعين مباشرة طبقاً لما حوله نه القانون من حقوق دون حاجة إلى معاونة مالك الرقبة في ذلك . وقد يرتب المالك على العين حق انتفاع معاوضة ، ويلتزم في العقد بضمان التعرض والاستحقاق ، ولكن الالتزام الذي ترتب هنا في ذمة مالك الرقبة إنما ترتب بموجب العقد لا بموجب حق الانتفاع (٣) .

الانتفاع معاً ، ودخل المنتفع وحده فيها خصصاً ، كان على الخصم الآخر أن يدخل مالك الرقبة خصصاً في الدعوى حتى يكون الحكم سارياً في حقه . أما إذا كانت الدعوى تتعلق بالرقبة وحدها دون حق الانتفاع ، كما إذا تنازع على الرقبة شخصان يسلطان معاً بأن حق الانتفاع لشخص ثالث ، فلا محل في هذه الحالة - لإدخال المنتفع خصصاً في الدعوى (بلائيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٥٠) - وتبقى مستندات ملكية الدين عند مالك الرقبة ، على شرط أن يمكن المنتفع من استعمالها عند الاقتضاء وتقديمها في الدعوى (ديمولومب فقرة ٢١٨ مكررة - بوردى وشومو فقرة ٤٣٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١١ وما بعدها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥١٤ .

(٣) بلائيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٥٤ ص ٨٣٤ ملغى ٢ .

٥٣٢ - لا يجوز لمالك الرقبة أنه يتسبب في تعطيل أو في إنقاص

من المتفع: ولا يجوز لمالك الرقبة أن يتسبب في تعطيل أو في إنقاص حق المتفع. ولكن ذلك لا يرجع إلى وجود التزام شخصي بالضمان في ذمة مالك الرقبة نحو المتفع، بل يرجع إلى أن للمتفع حقاً عينياً لا يجوز لأحد أن يتعدى عليه، وشأن مالك الرقبة في عدم جواز التعدي على حق المتفع شأن أي شخص آخر (١). وعلى ذلك لا يجوز لمالك الرقبة، دون موافقة المتفع، أن يدخل تعديلاً في العين، كأن يقيم أبنية جديدة أو يعلى البناء الموجود أو يهدم جزءاً منه (٢)، أو أن يحول سنداً اسماً إلى سند لحامله (٣)، أو يبيع العقار المتفع به ويبادر إلى تسجيل البيع قبل أن يسجل المتفع حق الانتفاع (٤).

٥٣٣ - من مالك الرقبة استثناء في تعطيل أو إنقاص من المتفع

للمحافظة على العين: على أن مالك الرقبة، إذا كان عليه في الأصل أن يمتنع عن تعطيل أو إنقاص حق المتفع شأنه في ذلك شأن أي شخص آخر، ليس كأى شخص آخر أجنبياً عن العين، بل هي ملكه ويعنيه أن يحافظ على سلامتها. فله أن يقوم بالإصلاحات الجسيمة في العين ولو لم يوافق المتفع، بل ولو حرم المتفع بذلك من الانتفاع بالعين المدة اللازمة للقيام بهذه الإصلاحات، وذلك دون أن يكون مالك الرقبة مسئولاً عن تعويض المتفع عن هذه المدة. فالإصلاحات الجسيمة، وإن لم يكن القيام بها التزاماً في ذمة مالك الرقبة، إلا أن القيام بها من حقه حتى يحافظ على سلامة العين (٥).

(١) بازو فقرة ١٦٦١.

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٣ من ٦٨٥ - بودري وشوفو فقرة ٥٥٨ - بلانيول

وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٥٥ من ٨٢٤.

(٣) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٥٥ من ٨٣٥.

(٤) والذي يقطع في أنه لا يوجد التزام شخصي في هذا الصدد في ذمة مالك الرقبة

لأن هذا الأخير إذا كان له عقار مجاور للعقار المتفع به، فإن له أن يستعمل حقه ملكيته كاملاً في هذا العقار، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالمتفع، مادام أنه قد راعى التزامات الحوار

قلم يلحق بالمتفع ضرراً غير مألوف (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٣ من ٦٨٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٥٥ من ٨٣٥).

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٥١٧.

وإذا كان القيام بالإصلاحات الجسيمة من حق مالك الرقبة ، فأولى أن يكون من حقه إعادة بناء ما تهدم من العين بسبب فجائي أو بسبب القدم ، وقد سبق الكلام في ذلك ، فذهيل هنا إلى ما قدمناه هناك (١) .

الفرع الثالث

انتهاء حق الانتفاع

البحث الأول

الأسباب التي ينتهي بها حق الانتفاع

٥٣٤ - يراه لهذه الأسباب : البيان المألوف لانتهاء حق الانتفاع إما انقضاء الأجل وموت المتفع . ثم إن حق الانتفاع قد ينتهي بهلاك الشيء ، وبعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، وهذان البيان قد ورد في شأنهما نص صريح ، يضاف إلى الأسباب الأربعة المتقدمة ثلاثة أسباب أخرى لم يرد في شأنها نص صريح ، هي تملك حق الانتفاع بالتقادم ، والزول عنه ، واتحاد النعمة . فهذه أسباب سبعة (٢) ، ستعرضها على التعاقب .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٢١ - وانظر في التأمين على العين المتفع بها ، سواء من جانب مالك الرقبة وحده أو من جانب المتفع أو كان من جانبيهما معاً ، ولمصلحة أى منهما أو لمصلحة الاثنين : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٣ .

وهناك رأى في الفقه الفرنسي يدعو إلى إيجاد تضامن وتعاون أكبر بين مالك الرقبة والمتفع في خلال مدة الانتفاع ، فيجوز مثلاً للمتفع أن يلزم مالك الرقبة بالقيام بالإصلاحات الجسيمة ، ويكون له الحق في تقاضى تمويض عن التحسينات والمنشآت التي يستحدثها في العين المتفع بها ، ويكون له تحت رقابة القضاء الحق في تعديل طرق الانتفاع بالعين المتفع بها وطرق استغلالها (كاربونيه ص ١١٥) .

(٢) وهناك أسباب أخرى ، تكفي الإشارة إليها هنا . فقد ينتهي حق الانتفاع لسقوط بسوء الاستعمال ، وقد تقدم الكلام في ذلك (آنفاً فقرة ٥١٤) . وقد ينتهي أيضاً بفسخ حق المالك الذي رتب الانتفاع ، كما لو كانت ملكيته معلقة على شرط فاسخ ويتحقق الشرط ومن ثم تزول الملكية بأثر رجعي ويؤول تبعاً لزوالها مارتبه المالك من حق الانتفاع ، وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد العامة . أما شبه حق الانتفاع ، وفيه تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك إلى المتفع ، فإنه لا ينتهي إلا بانقضاء الأجل وبموت المتفع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦١) .

٥٣٥ - انتهاء حق الانتفاع بانقضاء الأجل وموت المستفيع نص

قانوني : تنص المادة ٩٩٣ مدني على ما يأتي :

١ - ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فإن لم يعين له أجل عد مقررأ لحياة المستفيع . وهو ينتهي على أي حال بموت المستفيع ، حتى قبل انقضاء الأجل المعين .

٢ - وإذا كانت الأرض المستفيع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المستفيع بزرع قائم ، تركت الأرض للمستفيع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن (١) .

وبخلص من هذا النص أن حق الانتفاع أما أن يحدد سند إنشائه (العقد أو الوصية) له أجلا ، أو ألا يحدد . ففي الحالة الأولى ، ينتهي حق الانتفاع بأحد أمرين : انقضاء الأجل المحدد (٢) ، أو موت المستفيع حتى قبل انقضاء

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٨ من المشروع التمهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٨ - ص ٥٥٠) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق : م ٣٣/١٦ : لا يسطى ذلك الحق إلا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، وينتهي على كل حال بوفاة إن لم يكن ميماد محدد قبل الوفاة المذكورة . م ٤٦/٢٧ : ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له ، أو بترك المستفيع حقه فيه ، أو بانهدام المال المقرر عليه حق الانتفاع ، أو باستعماله استعمالا غير جائز ، هذا مع مراعاة حقوق الدائنين المرتنين . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٠١/٩٥٤ : ١ - يسقط حق الانتفاع بانتهاء أجله ،

أو بموت المستفيع أو بتلف الشيء المستفيع به تلفا كاملا ، ... ٢ - لا يكون لهذا السقوط أثر قانوني إلا بعد ترقين القيد المدون في السجل العقاري .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٧ (مطابق الفقرة الأولى من المادة ٩٩٣ مصري) .

قانون الملكية المقارية اللبناني م ١/٥٠ (وتطابق م ٢٠١/٩٥٤ سوري سالف الذكر ،

والمادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حق الانتفاع ينتهي بانقضاء الأجل وينتهي

معه حق من تلقى حق الانتفاع والمستفيع ، وذلك دون حاجة إلى إقرار من المالك أو انذار منه (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٩) .

الأجل المحدد . ونرى من ذلك أن حق الانتفاع لا يورث ، ما دام ينتهي
 حتماً بموت المنتفع . وفي الحالة الثانية ، إذا لم يحدد حق الانتفاع أجلاً ، اعتبر
 هذا الحق مقررًا مدى حياة المنتفع ، وانتهى هنا أيضاً بموت المنتفع (١) .
 وإذا انتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل أو بموت المنتفع ، وكان في
 الأرض زرع قائم ، فقد قدمنا أن الأرض تترك للمنتفع إذا كان انتهاء حق
 الانتفاع بسبب انقضاء الأجل ، أو تترك لورثته إذا كان انتهاء هذا الحق
 بموت المنتفع ، إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفع المنتفع أو ورثته للمالك
 الرقبة أجرة المثل للأرض من وقت انتهاء حق الانتفاع إلى وقت
 إدراك الزرع (٢) .

٥٣٦ - انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء ونقص قانوني : تنص المادة

٩٩٤ مدني على ما يأتي :

- ١ - ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء
 إلى ما قد يقوم مقامه من عوض .
- ٢ - وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة
 الشيء إلى أصله . ولكنه إذا أعاده ، رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن
 الهلاك بسببه . وفي هذه الحالة تطبق المادة ٩٨٩ الفقرة الثانية ، (٣) .

(١) وقد قدمنا أنه إذا قرر حق الانتفاع لمصلحة شخص معنوي ، فإنه يدوم مادام هذا
 الشخص المعنوي قائماً ، ولا ينتهي إلا بانحلال الشخص المعنوي ، ما لم يكن قد حدد أجل لحق
 الانتفاع وانقضى الأجل قبل انحلال الشخص المعنوي (أنظر آنفاً فقرة ٤٨٤) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩٢ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتي : « ١ - ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى المرض الذي
 قام مقامه . ٢ - وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة الشيء
 لأصله . ولكن إذا أعاده ، رجع حق الانتفاع » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٩
 في المشروع النهائي ، بعد تعديله على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق
 عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٦ ، نجس الشيوخ تحت رقم ٩٩٤ (مجموعة الأعمال
 التحضيرية ٦ ص ٥٥١ - ص ٥٥٣) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٦/٢٧ (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٥ في الهامش) .
 ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣/٩٥٤ : ينتقل حق الانتفاع عند الانقضاء إلى التمريض المدفوع

ويخلص من هذا النص أنه إذا هلك الشيء المنتفع به هلاكاً كلياً ، انتهى حق الانتفاع لانعدام محله . والهلاك قد يكون مادياً كما إذا احترقت الدار أو انهدمت ، وقد يكون قانونياً كما إذا نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة .

فإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ المنتفع ، ألزم بإعادة الشيء إلى أصله على سبيل التعويض ، ويعود حق الانتفاع . وإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ مالك الرقبة ، أجبر على إعادة الشيء إلى أصله ، ويعود حق الانتفاع مع تعويض المنتفع عن المدة التي قاته فيها الانتفاع . وإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ الغير ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى التعويض المترتب في ذمة الغير ، ويكلف المنتفع بتقديم كفالة لأن التعويض وهو مبلغ من النقود قابل للاستهلاك . وكذلك الحكم فيما إذا كان الهلاك يرجع إلى نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة ، فينتقل حق الانتفاع إلى التعويض ، ويكلف المنتفع بتقديم كفالة . وإذا كان الهلاك قضاء وقدرأ ، لم يجبر المالك على إعادة الشيء إلى أصله ، ولكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع للمنتفع ، ويلتزم هذا بأن يودى المالك فوائد ما أنفقه طول الباقى من مدة حق الانتفاع (م ٩٨٩ / ٢ مدني) .

وإذا كان الشيء مؤمناً عليه ، فإن كان التأمين لمصلحة المنتفع وحده كان له قبض مبلغ التأمين ، وكذلك إذا كان التأمين لمصلحة المالك وحده فإن لهذا أيضاً قبض مبلغ التأمين . أما إذا كان التأمين لمصلحة الاثنين معاً ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى مبلغ التأمين ، ويكون للمنتفع فوائده وللمالك رأس المال (١)

عن التأمين أو ثمن الاستهلاك لفئة عامة (وانظر م ١/٩٥٤ سورى آنفاً فقرة ٥٣٥ في الهامش) .
م ٩٥٦ : ١ - إذا لم يكن حق الانتفاع جارياً إلا على بنائة ، وحدث أن تلفت هذه البناية بحريق أو بحادث آخر ، أو أنها سقطت من القدم ، فلا يحق للمنتفع أن يستغل الأرض ولا مواد البناء . ٢ - ويكون الأمر بالعكس فيما إذا كان الانتفاع يشمل تمام المقار الذي تكون البناية جزءاً منه ، ما لم تطبق في الحالتين المذكورتين الفقرة الثاقية من المادة ٩٥٠ .
(وهذه الأحكام تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٨ (موافق) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٥٠ (توافق المادة ٩٥٤ مدني سورى بفقراتها الثلاث ،

وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

م ٥٢ (توافق المادة ٩٥٦ مدني سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٩

ص ٥٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦٥ ص ٨٤٣ .

٥٣٧ - انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال - نفس قانوني :
تنص المادة ٩٩٥ مدني على ما يأتي :

« ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة » (١) .
ويخلص من هذا النص أن حق الانتفاع ، ككل حق عيني آخر عدا حق الملكية ، يسقط بالتقادم المسقط ، أي بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .
وينقطع التقادم باستعمال المنتفع أو من ينوب عنه (كمتأجر أو مشتر) العين ولو مرة واحدة ، بل ولو انطوت هذه المرة على إساءة في الاستعمال . وكذلك يوقف التقادم كلما وجد سبب يتعذر معه على المنتفع أن يستعمل العين ، كما لو كان المنتفع قاصراً وليس له ولي أو وصي .
ومتى انتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال ، عاد الحق إلى مالك الرقبة .
وفقد حق الانتفاع بالتقادم المسقط غير كسبه بالتقادم المكسب (٢) .

٥٣٨ - انتهاء حق الانتفاع : فكل من بالتقادم المكسب : وهنا نفترض أن شخصاً وضع يده على حق الانتفاع ، فكسبه بالتقادم أو بالحيازة . وبهذا يفقد المنتفع الأصلي حقه ، لا بعدم الاستعمال الذي يجب أن يدوم خمس عشرة سنة ، بل لأن الغير قد كسب هذا الحق بتقادم قد تكون مدته خمس عشرة سنة ، وقد تكون مدته خمس سنوات ، بل قد يكسب الغير حق الانتفاع بمجرد الحيازة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٣ - ٥٥٦) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٠/٢٩ : ينتهى حق الانتفاع أيضاً بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٦٠ (مطابق) .

قانون الملكية المقارنة الثاني لا مقابل .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٤ .

ويكسب الغير حق الانتفاع بالتقادم المكسب الطويل . ومدته خمس عشرة سنة ، إذا حازه شخص سوى النية ، في كل من العقار والمنقول . ويكسب بالتقادم المكسب القصير . إذا حازه شخص حسن النية وكان مرتباً على عقار . ويكسب بمجرد الحيازة ، إذا كان مرتباً على منقول وكان الحائز حسن النية (١) .

٥٣٩ - انتهاء حق الانتفاع بالنزول عنه : ويجوز للمتفع أن ينزل عن حقه في الانتفاع ، فيزول هذا الحق ، وتعود إلى مالك الرقبة ملكية العين كاملة . ويقع النزول إما بارادة منفردة تصدر من المتفع ، أو بتوافق إرادتي المتفع ومالك الرقبة .

فإذا وقع النزول بارادة المتفع المنفردة ، فليس هناك شكل خاص لهذه الإرادة ، بل يصح أن تكون إرادة ضمنية . ويبيع مالك الرقبة ملكية العين كاملة بموافقة المتفع وبدون تحفظ من هذا الأخير ، قد يدل تبعاً للظروف التي تحيط بالبيع على أن المتفع قد نزل نزولاً ضمناً عن حق الانتفاع . ونزول المتفع عن حقه بارادته المنفردة يسرى دون حاجة إلى قبول مالك الرقبة ، ولا يجوز للمتفع بعد أن يصدر منه النزول أن يعدل عنه .

وإذا وقع النزول باتفاق بين المتفع ومالك الرقبة ، فإن هذا الاتفاق قد يكون تبرعاً من جانب المتفع ، ولا يكون هذا هبة لحق الانتفاع بل نزولاً عنه لمالك الرقبة ، فلا يشترط أن يكون الاتفاق في شكل الهبة ، وقد يكون الاتفاق معاوضة ، بأن يعطى مالك الرقبة للمتفع مقابلاً لنزوله عن حق الانتفاع . وسواء كان النزول تبرعاً أو معاوضة ، فهو نزول عن حق الانتفاع ، وليس نقلاً لهذا الحق لمالك الرقبة . ذلك بأن مالك الرقبة ليس في حاجة إلى أن ينتقل له حق الانتفاع ، بل يكفي أن ينزل المتفع عن هذا الحق حتى تعود الملكية كاملة لمالك الرقبة .

وإذا كان حق الانتفاع مرتباً على عقار . فإن النزول عنه لا يحتاج به على الغير ، كدائن مرتين لحق الانتفاع ، إلا بالتسجيل . فإذا كان الدائن

(١) ويصح أن يكون الذي يكسب حق الانتفاع بالتقادم هو مالك الرقبة نفسه إذا وضع يده على حق الانتفاع بنية تملكه ، كما يصح أن يضع الغير يده على العين كلها بنية تملكها فيكسب ملكيتها الكاملة ، ويصح حل كل من المتفع ومالك الرقبة حقه في العين (مازو فقرة ١٦٨٢) .

المرتهن لحق الانتفاع قد قيد الرهن قبل تسجيل النزول : فان الرهن يبقى قائماً بالرغم من هذا النزول . ولدائى المنتفع أن يصعدوا بالدعوى البولصية فى نزول المنتفع عن حقه ، إذا وقع هذا النزول غشاً ، ضراراً بحقوقهم (١) .

٥٤٠ - انتهاء حق الانتفاع باتحاد الزمة : كان المشروع التمهيدى

للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٥٠ . وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ينتهى حق الانتفاع إذا اجتمعت فى شخص واحد صفتا المنتفع والمالك ، غير أنه لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقاءه » (٢) . ويخلص من هذا النص أن حق الانتفاع ينتهى باتحاد الذمة (consolidation) . ويكون ذلك إما بأن تنتقل ملكية الرقبة إلى المنتفع فيجتمع فى هذا الأخير صفتا المنتفع والمالك ، أو بأن ينتقل حق الانتفاع إلى مالك الرقبة فيجتمع هنا أيضاً فى مالك الرقبة صمتا المالك والمنتفع . وفى الحالتين ينتهى حق الانتفاع ، وبانتهائه تثبت الملكية كاملة إما للمنتفع إذا انتقلت إليه الرقبة أو للمالك الرقبة إذا انتقل إليه حق الانتفاع (٣) . وإذا انتقلت الرقبة أو حق الانتفاع بسبب

(١) أنظر م ٩٥٩ مدنى سورى وم ٥٥ من قانون الملكية المقاربية البناء - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦٦ ص ٨٤٤ - ص ٨٤٥ .

(٢) وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) . وانظر المادة ١٢٥٩ مدنى عراقى . (٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢٥٠ من هذا

المشروع : « ينتهى حق الانتفاع كذلك باتحاد الذمة ، بأن يرث المالك المنتفع أو يرث المنتفع المالك ، أو يشتري المالك حق الانتفاع أو يشتري المنتفع حق الرقبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) . وبلا حنظ على هذا القول أنه لايتأتى أن يرث المالك المنتفع ، لأن حق الانتفاع ينتهى حتماً بموت المنتفع ، فلا يرث عنه هذا الحق . وإنما تعود ملكية العين كاملة لصاحب الرقبة بموت المنتفع ، لا بسبب اتحاد الذمة ، بل لانتهاء حق الانتفاع (بودرى وشوفو فقرة ٧٣٨ ص ٤٧٨) .

والقول بأن اتحاد الذمة يتحقق بانتقال الرقبة إلى المنتفع أو بانتقال حق الانتفاع إلى مالك الرقبة هو القول المشهور (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٤ ص ٦٩٥ - ص ٦٩٦ وهامش ٢٦ - بودرى وشوفو فقرة ٧٣٨ - فقرة ٧٣٩) . وهناك رأى يذهب إلى أن اتحاد الذمة لايتحقق فى شخص مالك الرقبة ، لأن هذا المالك إذا حصل على حق الانتفاع معاوضة أو تبرعاً ، اعتبر ذلك نزولاً من المنتفع عن حقه فيزول حق الانتفاع ، وترجع الملكية كاملة لمالك الرقبة ، لا بموجب اتحاد الذمة ، بل بموجب زوال حق الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٠) . وهذا الرأى الأخير هو الذى نختاره ، فقد قدسنا أن انتقال حق الانتفاع إلى مالك الرقبة لا يعد انتقالاً بل هو نزول عن حق الانتفاع (أنظر آنف فقرة ٥٣٩) .

زال بأثر رجعي ، كعقد أبطل أو فسخ . فان انعقاد الذمة يزول هو أيضاً بأثر رجعي ، ويعود حق الانتفاع إلى الظهور .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : فى تفسير ما جاء فى آخر المادة ١٢٥٠ من المشروع من أن حق الانتفاء لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقاءه ، ما يأتى « ويلاحظ أن المالك إذا ملك حق الانتفاع بالعقد مثلاً ، وكان حق الانتفاع مرهوناً ، فإن الرهن يبقى ولا يتعدى إلى الرقبة . أما إذا كانت الرقبة مرهونة فالأصل أن حق الانتفاع ، إذا عاد إلى صاحب الرقبة ، أو إذا ملك المنتفع الرقبة المرهونة ، تعدى الرهن إلى حق الانتفاع ، لأن الرقبة هى الأصل وحق الانتفاع تبع لها فيشملها الرهن . وكذلك احتاط المشروع ، فنص على أن حق الانتفاع لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقاءه . وتكون له هذه المصلحة إذا كانت الرقبة مرهونة ، فيبقى حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة حتى لا يتعدى إليه الرهن » (١) .

المبحث الثانى

ما يترتب على انتهاء حق الانتفاع

٥٤١ - رد الشيء المنتفع به إلى المالك : يترتب على انتهاء حق الانتفاع ، فى أكثر أسباب انتهاء هذا الحق ، أن تعود ملكية الشيء كاملة إلى المالك ، ويجب فى هذه الحالة على المنتفع أو ورثته رد الشيء إليه . وقد يكون الرد عيناً ، ويغلب أن يكون ذلك فى العقار كالدار والأرض ، أو فى بعض المنقولات كالمتجر والأسهم والسندات . فإذا كان الشيء قابلاً للاستهلاك ، فقد قدمنا أن الملكية تنتقل إلى المنتفع ، ويرد إلى المالك مثله أو قيمته . وإذا هلك الشيء ، كأن احترقت الدار ، فعلى المنتفع أن يثبت أن الحريق لا يرجع إلى خطأ فى جانبه ، وإلا كان مسئولاً عن التعويض (٢) .

٥٤٢ - المبالغ التى يسردها المنتفع من المالك عند نهاية حق الانتفاع : وقد قدمنا أن هناك مبالغ قد ينفقها المنتفع على الشيء المنتفع به ، ويسردها من المالك عند نهاية حق الانتفاع ، فيكون بذلك قد تحمل بفوائدها ما دام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الغامش .

(٢) بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧١ - فقرة ٨٧٥ .

الانقاع قائماً . من ذلك تكاليف الإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المتفع . ويقوم هذا الأخير بها . ويستردّها بعد ذلك من المالك (١) ومن ذلك أيضاً نفقات إعادة البناء الذي تهدم بسبب فجائي أو بسبب القدم ، إذا قام المتفع بإعادة البناء فإنه يسترد هذه التكاليف من المالك عند نهاية حق الانقاع (٢) .

٥٤٣ - ما يحرمه المتفع من بناء أو غراس : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ليس للمتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغير رضاء المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها » (٣) . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، دون أن يبين سبب هذا الحذف (٤) . وأمام حذف هذا النص ، لم يبق إلا تطبيق القواعد العامة .

وهذه تقضى بوجوب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) أن يكون المتفع قد حصل على ترخيص من مالك الرقة فى البناء أو الغراس ، وتسرى فى إثبات هذا الترخيص القواعد العامة فى الإثبات . وفى هذا الفرض يعتبر المتفع قد بنى أو غرس بحسن نية ، فتسرى عليه أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدنى . ومن ثم يملك صاحب الرقة البناء أو الغراس بالالتصاق ، وعليه أن يدفع للمتفع أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس . وللمتفع إذا شاء أن يطلب نزع البناء أو الغراس من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها ، ولكن ليس لمالك الرقة أن يطلب إزالة البناء أو الغراس . (الفرض الثانى) أن يكون المتفع قد بنى أو غرس دون الحصول على ترخيص من مالك الرقة . وهنا يعتبر سوء النية ، وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدنى . فيجوز للمالك أن يطلب

(١) أنظر آتفاً فقرة ٥١٧ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ٥٢٢ .

(٣) ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٥/٢٦ : لا يجوز للمتفع أن يبنى بناء أو يغرس غراساً بدون رضاء المالك ، وعليه أن يثبت ذلك الرضاء بالكتابة أو بإقرار المالك أو باستناعه عن اليمين .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ ، أ. الماث

إزالة البناء أو الغراس ، وإلا تملكه بالالتصاق على أن يدفع أدنى القيمتين :
قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب
البناء أو الغراس (١) .

الفصل الثاني

حق الاستعمال وحق السكنى

(Usage et Habitation)

٥٤٤ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٩٩٦ مدني على ما يأتي :
« نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب
الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم : وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ
للحق من أحكام » .

وتنص المادة ٩٩٧ على ما يأتي :
« لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى : إلا بناء على
شرط صريح أو مبرر قوي » (٢) .

(١) أنظر ما قدمناه آنفاً عند الكلام في الالتصاق فقرة ١٠٦ - وانظر في القضاء الفرنسي والنقض
الفرنسي في هذه المسألة : أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٢٧٠ ماشر ٢٣ وفقرة ٢٣٥ ص ٧٠٦ -
بودري وشوفو فقرة ٥٦٩ - فقرة ٥٧٣ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩ .
(٢) تاريخ النصوص :

٩٩٦ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٢ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع
ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة
المراجعة تحت رقم ١٠٧١ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص
مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٨ ،
فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٥ - ص ٥٥٦) .

٩٩٧ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٢ في المشروع
النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٧ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٦ - ص ٥٥٨) .

٩٩٨ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٣ في المشروع
النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٧٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٨ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٨ - ص ٥٥٩) .

وتنص المادة ٩٩٨ على ما يأتي :

« فيما عدا الأحكام المتقدمة تسري الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين . »
وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣/١٤ .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي ، ١٠٠٠ - ١٠٠٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٦١ - ١٢٦٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل ٢ .

٥٤٥ - التعريف بحق الاستعمال وبحق السكنى : حق الاستعمال هو حق

عيني يتقرر لشخص على شيء مملوك لغيره ، ويحول صاحب هذا الحق استعمال الشيء لنفسه ولأسرته . فهو إذن فرع عن حق الانتفاع . إذ أن حق الانتفاع يحول صاحبه حق الاستعمال وحق الاستغلال ، أما هذا الحق

(١) التقنين المدني السابق م ٣٠/١٤ : ويجوز أن يكون الحق المذكور (حق الانتفاع)

أقل مما ذكر على حسب شرط الاتفاق أو شرط التبرع الذي ترتب عليه وجود ذلك ، كأن يكون قاصراً على مجرد الاستعمال الشخصي أو حق السكنى .
(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٠٠ - ١٠٠٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٦١ : يصح أن يكون تملك المنفعة قاصراً على الاستعمال

أو على السكنى .

م ١٢٦٢ (توافق المادة ٩٩٦ مصري) .

م ١٢٦٣ (تطابق المادة ٩٩٧ مصري) .

م ١٢٦٤ : ١ - إذا احتاحت اأدار التي تقرر عليها حق السكنى إلى إصلاح ، انزم

صاحب هذا الحق بإجرائه ، على أن تكون المباني التي يقيمها ملكاً خالصاً له ينتقل إلى ورثته .

٢ - فإذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح ، فللمحكمة أن تؤجر اأدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح خصماً من الأجرة ، ويرد اأدار في نهاية الإيجار لصاحب حق السكنى .

(يطابق هذا النص المادة ١٢٥٤ من المشروع التمهيلي لتقنين المدني المصري) .

م ١٢٦٥ (تطابق المادة ٩٩٨ مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل . ولكن المادة ٥٣٩ من تقنين الموجبات والمفوض

البناني تنص على ما يأتي : « من ليس له على الشيء بيوه حق الاستعمال الشخصي أو حق السكنى

أو حق الحبس أو حق التأمين لا يجوز له أن يؤجره » .

فلا يخول صاحبه إلا حق الاستعمال ، بل وحق الاستعمال محدوداً بحاجاته الشخصية هو وأسرته . والمقصود بالأسرة كل من يعوله صاحب حق الاستعمال ، من زوجة وأولاد وأقارب وخدم . وقد يتحدد حق الاستعمال في وجوه معينة من الاستعمال دون غيرها ، فيكون حق استعمال مقيداً (droit d'usage restraint) .

أما حق السكنى فهو فرع عن حق الاستعمال ، إذ هو مقصور على نوع معين من الاستعمال هو السكنى . فحل حق السكنى إذن يكون داراً يسكن فيها صاحب الحق وأسرته ، والمقصود بالأسرة هنا هو نفس المقصود بالأسرة في حق الاستعمال . وعلى ذلك يكون حق الانتفاع هو أعم الحقوق الثلاثة . فإذا تخصص للاستعمال دون الاستغلال ، كان حق استعمال . وإذا تخصص للاستعمال للسكنى دون غيرها من ضروب الاستعمال ، كان هذا هو حق السكنى . ويتضح مما تقدم أن كلا من حق الانتفاع وحق الاستعمال يرد على العقار وعلى المنقول ، المتقال ، أما حق السكنى فلا يرد إلا على العقار وبالذات على دار للسكنى (١) .

٥٤٦ - أمظام خاصه بحق الاستعمال وهو السكنى : وأهم ما يختص به

حق الاستعمال وحق السكنى دون حق الانتفاع من أحكام هو ما تقرره المادة ٩٩٧ مدني السالف ذكرها من أنه لا يجوز التزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى . ويقاس على عدم جواز التزول عدم جواز الإيجار . فالأصل إذن أن كلا من حق الاستعمال وحق السكنى مقصور على صاحب الحق نفسه هو وأسرته ، وبمقدار حاجتهم الشخصية . فلا يجوز لصاحب الحق أن يتزل عنه للغير بمقابل أو بغير مقابل ، ولا يجوز له أن يؤجره . وإذا نزل عنه للغير أو أجره ، كان التزول أو الإيجار باطلاً ، لأنه إنما يتزل عن حقه أو يؤجره وهو حق غير قابل للتزول عنه ولا للإيجار (٢) .

(١) أنظر استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٩٢٧م ٤٤٦ من ٢٣٥٥

(٢) أنظر في رأي آخر يلعب إل أن صاحب حق السكنى إنما يؤجر العين ذاتها فيكون لإيجاره صحيح ، ولكن لا ينفذ في حق المالك الذي يكون له أن يسترد العين : منصور مصطفي منصور في عقدي البيع والإيجار ققرة ١٤٩ من ٢٤٧ - محمد لييب ثنوب ققرة ٩١ - وأنظر في هذه المسألة الوسيط ٦ ققرة ٣٨ من ٤٨ هاشم ٢ - والمسلم به أنه إذا أُرْسِنَ لشخص بحق سكنى منزل ، فالفتوى هل أنه لا يملك المستحقون السكنى في الدار لإيجارها ، ولا أحتم إسكان غيره في نصيبه بمرض ، ولو ليأخذ هذا المرض ليدفعه أجره لحل يمكن فيه ، (فتوى شرعية في ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٥٤ من ٩٧) .

وقد قدمنا عند الكلام في عقد الإيجار ، أنه « لما كان تطبيق هذا المبدأين فيه ضيق و حرج ، فقد يوصى شخص بسكنى منزل لأولاده ، وبستدير الزمن ، فإذا البيت أصبح لا يليق بسكنائهم . وقد ينتقلون من بلد إلى بلد آخر فلا يستطيعون سكنى المنزل ، ولا يستطيعون إيجاره لغيرهم والانتفاع بالأجرة في استئجار مسكن لهم في البلد الذي يقيمون فيه . من أجل ذلك أجازت المادة ٩٩٧ مدني التزول عن حق الاستعمال أو حق السكنى إذا وجد شرط صريح أو مبرر قوى لذلك » (١) .

٥٤٧ - حكم خاص بحق السكنى : وكان المشروع التمهيدى للتقنين

المدني يتضمن نصا هو المادة ١٢٥٤ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : ١ - إذا احتاجت الدار الذي تقرر عيها حق السكنى إلى إصلاح ، التزم صاحب هذا الحق بإجرائه ، حتى أن تكون المبنى التي يقيمها ملكا خاصا له ينتقل إلى ورثته . ٢ - فإذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح ، فللقاضي أن يؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح خصما من الأجرة ، ويرد الدار في نهاية الإيجار لصاحب حق السكنى . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، دون بيان لسبب حذفه (٢) ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن المبنى التي يقيمها صاحب حق السكنى في الدار لإصلاحها ، إذا احتاجت الدار للإصلاح ، يكون لها حكم المبنى التي يقيمها الحائر في ملك الغير وهو حسن النية ، فتسبى عليها أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدني (٣) .

(١) الوسيط ٦ فقرة ٣٨ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع في هذا الصدد : « حق الاستعمال وحق السكنى يتميزان من حق الانتفاع بأنهما مقصوران على ما يكون صاحب الحق في حاجة إليه هو وأسرته . فلا يجوز له التزول عنها إلى الغير ، إلا إذا اشترط ذلك صراحة ، أو وجد مبرر قوى لهذا التزول وقد أدخل المشرع بهذا الاستثناء شيئا من المرونة على حق السكنى بنوع خاص ، لأن المبرر القوي كثيرا ما يتحقق في حق السكنى ، بأن تقدم الدار الموصى بسكنائها أو تصبغ غير لائقة لسكن المستفع ، فيكون له في هذه الحالة أن يؤجرها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٧ - ص ٥٥٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٧ في الهامش .

(٣) وعلى ذلك يملك صاحب الدار هذه المبنى بالاتفاق ، وعليه أن يدفع لصاحب حق السكنى أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الدار بسبب المبنى . ولصاحب حق السكنى إن شاء أن يطلب نزع البناء من الدار على أن يميدها لأصلها ، ولكن ليس لصاحب الدار أن يطلب إزالة البناء .

٥٤٨ - الامتياز المشترك بين حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

السكنى : وفيما عدا ما تقدم من الأحكام ، ينطبق على حق الاستعمال وحق السكنى ما سبق بيانه من الأحكام في حق الانتفاع ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٨ مدني سالفه الذكر) . فأسباب كسب حق الاستعمال وحق السكنى هي العقد والوصية والتقديم ، دون الشفعة لأن الشفعة تقتضي بيع المشفوع فيه والحقان لا يجوز بيعهما . والتزامات صاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى هي التزامات المنتفع : استعمال الشيء فيما أعد له ، والقيام بأعمال الصيانة والتكاليف المعتادة ، وحفظ الشيء . وجرّد المنقول وتقديم كفالة عنه في حالة حق الاستعمال . ولكن لا ينطبق في حق السكنى أن ينتزع القاضي الدار من يد صاحب الحق ليسلمها لأمين كما يفعل في حق الانتفاع وفقاً لأحكام المادة ٩٨٨ / ٢ مدني (١) . ولا يجوز للدائنين الحجز على هذين الحقين ، لأنهما غير قابلين للحجز ولا للتزول عنهما (٢) . وينتهي كل من الحقين ، كما ينتهي حق الانتفاع ، بموت صاحب الحق وبانقضاء الأجل وبهلاك الشيء وبعدم الاستعمال وبتملك الحق بالتقديم وبالتزول عن الحق وباتحاد الذمة .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٥٥٩ - كذلك لا يلزم صاحب الاستعمال بنفقات الصيانة والتكاليف المعتادة إلا بنسبة ما يحصل عليه من ثمار (إسحاق شامخ ص ١٧) .

(٢) استئناف مختلف ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٥ .

الباب الثاني

حق الارتفاق

(Servitude)

محميد

٥٤٩ - التعريف بحق الارتفاق - نص قانوني : بنص الشرط الأول

من المادة ١٠١٥ مدني على ما يأتي :

« الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الشرط الأول من المادة ١/١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٩٩ (الشرط الأول) في اشروع النهاى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٦ (الشرط الأول) ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٥ (الشرط الأول) (مجموعة الأعمال الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ - ٦٢٥).

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١/٣٠ : الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى . وتتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود هذا التكليف وعرف البلد . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد - والمقصود بحق الارتفاق المقرر لمنفعة الميرى حقوق الارتفاق الإدارية : الوسيط ٨ فقرة ٥٨ - وهذه غير حقوق الارتفاق المقررة للأفراد على المال العام ، وسيأتى ذكرها في الشرط الأخير من المادة ١٠١٥ مدني) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السورى م ٩٦٠ : ١ - الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار لمنفعة عقار معين جارى ملكية شخص غير مالك العقار الأول . ٢ - ويقوم هذا التكليف إما بتحويل شخص آخر من مباشرة أعمال تصرفه في العقار المفروض عليه التكليف ، وإما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدني الليبى م ١٠١٨ (الشرط الأول) (مطابق) .

التقنين المدني العراقى م ١٢٧١ (مطابق) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٥٦ (مطابق للمادة ٩٦ سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

ويخلص من هذا التعريف أن هناك عناصر ثلاثة يتكون منها حق الارتفاق :
العقار المرتفق ، والعقار المرتفق به ، ومنفعة يقدمها العقار المرتفق به للعقار
المرتفق .

(فأولاً) يجب أن يكون هناك عقار مرتفق . (fonds dominant) ،
وهو العقار الذي تقرر لفائدته حق الارتفاق . ولا يتقرر هذا الحق إلا لفائدة
عقار ، ويقرره مالك هذا العقار (١) . ويعتبر هذا الحق تابعا (accessoire)
للعقار المرتفق وملحقا به ، وينتقل معه إلى أي يد ينتقل إليها هذا العقار . ولذلك
يزيد حق الارتفاق من قيمة العقار المرتفق ، أيا كان المالك لهذا العقار .
وجميع الأسباب التي تنقل ملكية العقار المرتفق من مالك إلى آخر ، من ميراث
ووصية وعقد وشفعة وتقدم . تنتقل إلى المالك الجديد مع ملكية العقار المرتفق
حق الارتفاق (٢) .

(وثانياً) يجب أن يكون هناك عقار مرتفق به (fonds servant) ،
وهو العقار الذي تقرر عليه حق الارتفاق ، فحد من منفعته لفائدة العقار
المرتفق . وكما أن حق الارتفاق لا يتقرر إلا لفائدة عقار ، فهو أيضا لا يترتب
إلا على عقار ، ويرتبه مالك هذا العقار . ومن ثم يكون حق الارتفاق دائما
حقا عينيا عقاريا ، فهو عقار حتما (٣) . وينتقل حق الارتفاق سلبيا مع العقار
المرتفق به إلى أي يد ينتقل إليها هذا العقار ، كما ينتقل إيجابيا مع العقار المرتفق
فيما رأينا . ويجب أن يكون العقار المرتفق به مملوكا لشخص غير الشخص الذي
يملك العقار المرتفق ، فلا يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص
واحد (Nemini res sua servit) . يصح أن يكون هناك عقاران
مملوكان لشخص واحد ، وقد خصص المالك أحد العقارين لتقديم فائدة للعقار

(١) وقد قضى بأن المستأجر لا يستطيع أن يقرر حق ارتفاق لفائدة العقار المؤجر
(استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨٨) .

(٢) وهذا بخلاف حق الانتفاع ، فقد رأينا يتقرر لمصلحة شخص معين للمصلحة عقار ،
ويزول ضمنا بموت هذا الشخص . ولذلك يسمى عند الرومان بحق الارتفاق الشخصي servitude
personnelle ، إلى جانب حق الارتفاق الذي يسمى بحق الارتفاق العيني servitude réelle —
أنظر مازو فقرة ١٦٤٦ .

(٣) وهذا بخلاف حق الانتفاع ، فقد يترتب على العقار فيكون عقاراً ، وقد يترتب
على المنقول فيكون منقولا .

الآخر . ولكن تقاضى هذه الفائدة لا يكون استعمالاً لحق ارتفاق ، وإنما هو استعمال لحق الملكية . ما دام العقاران مملوكين لشخص واحد . فإذا ما أصبح مالك أحد العقارين غير مالك للعقار الآخر ، فهنا يقوم حق ارتفاق بين العقارين لاختلاف المالك . ويرتب حق الارتفاق في هذه الحالة بتخصيص المالك الأصلي كما سنرى (انظر المادة ١٠١٧ مدني) (١) .

(وثالثاً) يجب أن يقدم العقار المرتفق به للعقار المرتفق فائدة تحد من منفعة العقار الأول . فالعقار المرتفق به يخدم العقار المرتفق . ومن أجل ذلك سمي العقار الأول بالعقار الخادم وسمي العقار الثاني بالعقار الخدم . وهذه الخدمة أو هذا التكليف يحدده السند الذي أنشأ حق الارتفاق ، وهو يتنوع بحسب حاجة العقار المرتفق وقابلية العقار المرتفق به . وهو في جميع الأحوال يزيد من فائدة العقار الأول أى من قيمته ، ويحد من منفعة العقار الثاني إذ يجعله مثقلاً بتكليف معين . ومن أمثلة هذا التكليف أن يكون العقار المرتفق به ممراً للعقار المرتفق ، أو مورداً للمياه التي تسقيه ، أو مجرى للمياه التي تأتيه للمرى ، أو مكاناً تسيل منه مياه الصرف . فيكون هناك حقوق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى أو بالمسيل ، وهذه غير القيود القانونية المتعلقة بالمرور أو بمياه الري التي سبق بحثها عند الكلام في حق الملكية (٢) . وانترق بين هذه وتلك أن القيود القانونية تستوجب استيفاء شروط معينة ، متى توافرت فإن القانون نفسه هو الذي يرتب تكليفاً على عقار لفائدة عقار آخر . أما حقوق الارتفاق التي نحن بصددتها فلا تستوجب توافر هذه الشروط ، ولا يرتبها القانون ، وإنما يرتبها الاتفاق أو غيره من أسباب كسب حق الارتفاق التي

(١) ووحدة المالك إنما تمنع من قيام حق الارتفاق إذا كان شخص واحد يملك كلا من العقارين ملكية تامة لا يشترك فيها أحد . وإلا فإنه يجوز أن يقوم حق ارتفاق على عقار يملكه اثنان على الشيوع لفائدة عقار آخر يستقل بملكته أحد هذين الاثنين ، كما يجوز أن يقوم حق ارتفاق على عقار يستقل بملكته شخص واحد لفائدة عقار آخر يملكه هذا الشخص شأنهما مع الآخرين (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٧ - بودري وشوفو فقرة ٨٠٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٨٩ ص ٨٧١ - مارتى ورينو فقرة ١٣٩ ص ١٥٨ - عبد المنعم أيدراوى فقرة ٢٧١) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٦

سيأتي بيانها . وقد يختلف التكليف في نوعه عن التكاليف المقررة في القيود القانونية ، فيوجد مثلا حق ارتفاق بالرؤية (prospect) بموجبه يتمتع مالك العقار المرتفق به من أن يبني في عقاره حتى يفسح للعقار المرتفق مجال الرؤية البعيدة التي يتمتع بها . وتوجد أيضا حقوق الارتفاق التي تحد من حق مالك العقار المرتفق به في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته . ويوجد كذلك حق ارتفاق بالتجميل (embellissement) يترتب على العقارات المحاذية لطريق عام يراد تجميله ، وبموجبه يترك ملاك هذه العقارات مسافة معينة تفصل بين العقار والطريق العام ، ويبني المالك في هذه المسافة حوضا يغرس فيه زهورا بقصد تجميل المنظر العام للطريق . ونرى من ذلك أن التكليف الذي يشغل العقار المرتفق به ، كما يقصد به فائدة (utilité) العقار المرتفق وهو الغالب ، قد يقصد به تزيين هذا العقار والزيادة في رونقه (agrément) كما هو الأمر في حق الارتفاق بالرؤية وحق الارتفاق بالتجميل .

ولا يشترط في الفائدة أن تكون حالة ، بل يصح أن تكون مستقبلة (١) . ولا تستلزم الفائدة التي يقدمها العقار المرتفق به للعقار المرتفق تلاصق (contiguïté) هذين العقارين ، بل ولا تجاورهما (voisinage) . فيصح أن يكون أحدهما بعيدا عن الآخر ، كما إذا ترتب حق ارتفاق باغتراف

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩٠ - وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المبنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٨٧ من هذا المشروع ، تجرى على الوجه الآتى : ١ - يجوز أن يترتب حق الارتفاق بتحقيق فائدة مستقبلة للعقار المرتفق . ٢ - وإذا كان العقار المرتفق أوالعقار المرتفق به بناء مزعماً إقامات أو عقاراً مزعماً تملكه ، فإن الارتفاق لا يقرر إلا عند تمام البناء أو تحقق الملك . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « الأصل أن تكون الخلعة حالة ، ولكنها قد تكون مستقبلة ، كحق ارتفاق يقرر على بناء مزعم إقامات فيضق صاحب العقار المرتفق مع صاحب البناء المستقبل على تقرير حق مطل مثلا على هذا البناء عند تمامه ، وكحق ارتفاق يقرر على عقار مزعم تملكه فيضق صاحب العقار المرتفق مع الشخص الذي سيمتلك هذا العقار على أن يكون له حق مرور عليه عند تملكه » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، تجنباً للتفصيلات . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٢٣ - ٦٢٤ في الهامش .

وقد قضى بأن حق الارتفاق يمكن إنشاؤه فورا لفائدة مقبلة للعقار المرتفق (مصر الكلية . م. يونيو سنة ١٩٤٠ انخامة ٢١ رقم ٤٥ ص ٦٥ - شفيق شعانة فقرة ٢٢٣ ص ٣١٩)

المياه (*puisage d'eau*) . أو باستخراج الأحجار والمواد الأخرى (*extraction des matériaux*) لمصلحة عقار على عقار آخر يبعد عنه بمسافة طويلة (١) .

٥٥٠ - **خصائص حق الارتفاق** : وقد تبين مما قدمناه أن حق الارتفاق هو حق عيني يترتب على عقار لفائدة عقار آخر . فهو إذن حق عيني عقارى كما سبق القول . ولحق الارتفاق . إلى جانب هذه الخاصية : خصائص أخرى أهمها ثلاث : (١) فهو حق تابع (*accessoire*) . (٢) وهو حق دائم (*perpétuel*) . (٣) وهو حق غير قابل للتجزئة (*indivisible*) .

١ - **فحق الارتفاق حق تابع** : تابع للعقار المرتفق فهو من ملحقاته الإيجابية ، ولا ينفصل عن هذا العقار فيما يجرى على العقار من تصرفات . فإذا بيع العقار المرتفق أو وهب أو رهن أو جرى عليه أى تصرف آخر . فإن التصرف يشمل العقار وحق الارتفاق معاً . كذلك إذا ترتب على العقار حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى . فإن هذا الحق يمتد أيضاً إلى حق الارتفاق . وإذا حجز على العقار . فإن الحجز يشمل العقار وحق الارتفاق . فحق الارتفاق يتبع إذن العقار المرتفق أينما انتقل . ويجرى عليه ما يجرى على العقار (*ambulant cum domino*) (٢) .

وكذلك يتبع حق الارتفاق العقار المرتفق به . على النحو الذى يتبع به العقار المرتفق . فإذا بيع العقار المرتفق به أو وهب أو رتب عليه حق انتفاع أو حق رهن أو جرى عليه أى تصرف آخر . فإنه يجرى عليه هذا التصرف وهو محمل بحق الارتفاق ، فينتقل إلى المشتري أو الموهوب له أو المنتفع مثلاً مثقلاً بحق الارتفاق .

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩١ - بودرى وشوفو فقرة ٨٠١ - دابول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٠ - مارك ورينو فقرة ١٣٩ ص ١٥٨ - نقض فرنسى ٧ يولي سنة ١٩٣٧ داللز الأسبوعى ١٩٣٧ - ٤٦٩ .

(٢) كذلك لا يمكن التصرف فى حق الارتفاق مستقلاً عن العقار المرتفق . فسيه مثلاً مالك العقار المرتفق مستقلاً عن العقار أو يرهه أو يحجز عليه الدائون . والذى يحوز هو أن يتحول مالك العقار المرتفق عن حق الارتفاق مستقلاً بسلطة مالك العقار المرتفق به . فحقوق حق الارتفاق بالزول عنه . أنظر مازو فقرة ١٦١١ ص ١٣٥٢ .

٢ - وحق الارتفاق حق دائم : والمقصود بدوام حق الارتفاق شيء غير المقصود بدوام حق الملكية . فقد قدمنا أن الملكية حق دائم بمعان ثلاثة : بمعنى أنه يبقى مادام الشيء المملوك باقياً فلم يحدد له القانون وقتاً معيناً لانقضائه كما حدد لحق الانتفاع مثلاً ، وبمعنى أنه حق لا يزول بعدم الاستعمال ، وبمعنى أنه حق لا يجوز أن يقترن بأجل (١) . أما حق الارتفاق ، فإنه لا يتفق في صفة الدوام مع حق الملكية إلا في جزء من المعنى الأول .

فحق الارتفاق يختلف مع حق الملكية في المعنى الثالث ، إذ يجوز أن يقترن حق الارتفاق بأجل واقف أو بأجل فاسخ . (٢) ويختلف مع حق الملكية في المعنى الثاني ، إذ ينتهي حق الارتفاق بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة (م ١٠٢٧ / ١ مدني) (٣) . أما في المعنى الأول ، فإن حق الارتفاق يشترك مع حق الملكية في جزء من هذا المعنى ، وهذا الجزء المشترك هو الذي دعا إلى القول بأن حق الارتفاق حق دائم . فحق الارتفاق حق دائم بمعنى أن هذا الدوام من طبيعته (*de sa nature*) ، فالجزم يوقت بأجل فهو دائم كحق الملكية ، إذ هو يتبع حق الملكية في العقار المرتفق فيدوم بدوامه (٤) . ولكن

(١) أنظر في هذه المعاني الثلاثة الوسيط ٨ فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٢١ .

(٢) فيجوز أن يرتب مالك العقار على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر ، ويضرب لبداية حق الارتفاق أجلاً لا ينشأ إلا عند حلوله وهذا هو الأجل الواقف ، أو يضرب لنهايتها أجلاً ينتهي عند انقضائه وهذا هو الأجل الفاسخ .

(٣) وفي هذا الصدد يتميز حق الملكية عن حق الارتفاق تمييزاً واضحاً ، وببيان ذلك في فروض من أهمها الطريق المشترك بين مالكين مجاورين لهذا الطريق . فاما أن نقول إن كل مالك يملك نصف الطريق المجاور لملكه ملكية مفرزة وله حق ارتفاق بالمرور على النصف الآخر ، أو نقول إن الطريق بأجمعه مملوك للمالكين معاً ملكية شائعة . ففي القول الأول يوجد حق ارتفاق بالمرور لكل مالك في نصف الطريق غير المجاور لملكه ، فيزول هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، وكذلك ينتهي إذا تغير وضع الأشياء بحيث تسبح في حالة لا يمكن فيها استعمال حق الارتفاق (م ١٠٢٨ / ٢ مدني) ، ويجوز للمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق (م ١٠٢٩ مدني) . وفي القول الثاني يكون الطريق مملوكاً للمالكين معاً ملكية شائعة ، فلا تسقط هذه الملكية بعدم استعمال الطريق مهما طالت مدة عدم الاستعمال ، ولا يزول حق الملكية مهما تغير وضع الأشياء ومهما فقد المرور كل منفعة لكز من العقارين المجاورين (أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٩٧) .

(٤) وفي هذا يختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع ، فقد رأينا أن حق الانتفاع موقت دائماً ، ويزول حتماً بموت المستفع .

الدوام في حق الارتفاق ليس من جوهره (de son essence) كما هو من جوهر حق الملكية ، فقد رأينا أنه يجوز توقيت حق الارتفاق ولا يجوز توقيت حق الملكية . فإذا قلنا إن حق الارتفاق حق دائم ، فإنما نعني بذلك أن هذا هو الأصل فيه (١) . ولكن هذا لا يمنع من أن حق الارتفاق ينتهي مستقلا عن حق الملكية بأسباب متعددة ، منها انقضاء الأجل المحدد له وعدم الاستعمال وتغير وضع الأشياء وفقد الارتفاق منفعته للعقار المرتفق .

٣ - وحق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة : فإذا جرىء العقار المرتفق ، بقي الارتفاق مسحقا لكل جزء منه (م ١/١٠٢٤ مدني) . وإذا جرىء العقار المرتفق به ، بقي الارتفاق واقعا على كل جزء منه (م ١/١٠٢٥ مدني) . وإذا كان هناك عقار مملوك على الشيوع لعدة أشخاص ، لم يجوز ترتيب حق ارتفاق على جزء شائع من هذا العقار ، أو لمصلحة جزء شائع منه . بل يكون حق الارتفاق مترتبا على العقار الشائع في مجموعه : أو لصالح كل العقار الشائع ، ويجب لذلك اتفاق جميع الملاك على الشيوع (٢) .

٥٥١ - الأشياء التي تصلح أن تكون محمرا للارتفاق : رأينا (٣) أن المادة ١/١٠١٥ مدني تقول إن « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار ... » فالشيء الذي يحد حق الارتفاق من منفعته هو الشيء الذي يكون محلا لحق الارتفاق ، ولا بد أن يكون عقارا كما هو صريح النص و كما تقدم القول . فلا يصلح المنقول أن يكون محلا لحق الارتفاق ، كما يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع فيما قدمناه . ولما كان استعمال حق الارتفاق هو عن طريق القيام بأعمال مادية ، فالعقار الذي يصلح أن يكون محلا لهذا الحق يجب أن يكون عقارا بطبيعته . ومن ثم لا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق الحقوق العينية العقارية ، كحق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار ، وكحق الارتفاق ذاته فلا يصلح هذا الحق أن يكون محلا لحق ارتفاق آخر مترتب عليه (servitus servitutis esse non potest) كما يصلح حق الانتفاع أن يكون

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٣ - ماري وريبنو فقرة ١١٢ من ١٦٢ -

نقص فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ والتوز ١٩١٣ - ١ - ٤٦٥ .

(٣) أنظر أننا فقرة ٥٤٩ .

محلا لحق انتفاع (١) . ولا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق العقارات بالتخصيص مستقلة عن العقار بطبيعته ، إذ هي في حقيقتها منقول بطبيعته .

يبقى إذن العقار بطبيعته ، وهو أنواع ثلاثة : الأرض والنبات والمنشآت . ويستبعد القضاء الفرنسي النبات كالزراع والغراس والأشجار ، فلا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق ، لأن بقاءه في الأرض لا يكون إلا لمدة معينة (٢) .

فالذي يصلح إذن أن يكون محلا لحق الارتفاق هو الأرض والمنشآت . وقد عبر عنها التقنين المدني الفرنسي عند تعريفه لحق الارتفاق في المادة ٦٣٧ منه بلفظ (héritage) (٣) .

فالأرض . سواء كانت أرضا زراعية أو أرضا قضاء . وسواء كانت في المدن أو في القرى ، تصلح أن تكون محلا للارتفاق (٤) .

والمباني والمنشآت تصلح هي أيضا أن تكون محلا لحق الارتفاق ، إذ هي عقار بطبيعته لاندماجها في الأرض (٥) ، ولا تصبح عقارا إلا إذا شيدت فاندججت في الأرض وأصبحت ثابتة مستقرة ، فلا يمكن تحويلها أو نقلها إلا إذا هدمت . ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والخوانيت والمخازن والمصانع والجسور والكبارى والسدود والخزانات والقناطر (٦) .

(١) أنظر آتفاً فقرة ٥٠٧ .

(٢) نقض فرنسي ٦ أبريل سنة ١٨٤١ دالوز ٤١ - ١ - ٢١٤ - بودرى وشوفو فقرة ٧٩٢ - وقارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧ ص ٨٦٧ .

(٣) وكلمة héritage أنت من الكلمة اللاتينية herus ومعناها المالك . فهي مترادف معنى الملكية في العقار والمنقول . ولكنها تخصصت للعقار (الأرض والمنشآت) ، لأن المنقول في القانون الفرنسي القديم لم تكن له قيمة مذكورة (بودرى وشوفو فقرة ٧٩٢) .

(٤) وتشمل الأرض fonds سطحها surface ، دون ما يقام فوق سطح الأرض من حياز ومنشآت أو بنيت من زرع أو بغرس من شجر ، وكذلك تشمل باملتها بعناصره المختلفة من صخور وأحجار وأتربة ورمال وجص ومعادن وغير ذلك (الوسيط ٨ فقرة ٩ ص ٢٠) .

(٥) وهي قبل تشييدها في الأرض كانت جملة من مواد البناء وأدواته ، كليات من الطوب والرمل والإسمنت والجير والجبس والخشب والحديد والأحواض والأدوات الصحية وغير ذلك من المواد التي تستعمل في البناء .

(٦) الوسيط ٨ فقرة ١١ ص ٢٤ - ص ٢٥ .

وحتى تكون الأرض والمنشآت محلا لحق الارتفاق . يجب أن تكون قابلة للتعامل فيها . فما لا يجوز التعامل فيه لا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق . ومع ذلك يصلح المال العام (domaine public) أن يكون محلا لحق الارتفاق ، إن كان ذلك لا يتعارض مع ما خصص له من وجوه الاستعمال للمنفعة العامة . وننتقل الآن إلى بحث هذه المسألة .

٥٥٢ - مبدأ ترتيب حق الارتفاق على المال العام - نص قانوني :
ينص الشرط الأخير من المادة ١٠١٥ مدني على ما يأتي :

« ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام : إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال » (١) .

وقد منا عند الكلام في الدومين العام أن هذا المال لا يجوز التصرف فيه بما يتعارض مع المنفعة العامة التي تخصص لها . فلا يجوز للشخص الإداري أن يبيع المال العام أو أن يرهنه أو أن يجري فيه أي تصرف يتعارض مع تخصيصه ، فإن مثل هذا التصرف من شأنه أن يزيل ملكية الشخص الإداري للمال العام . فلا يستطيع بعد ذلك متابعة تخصيصه للمنفعة العامة . على أن هناك أنواعا من التصرف تلائم الأمور العامة . وهذه غير ممنوعة لأنها لا تتعارض مع تخصيص المال للمنفعة العامة . من ذلك منح التزام بمرفق عام . فهذا تصرف يرد على مال عام ، وهو جائز للملاءمة لطبيعة المرفق العام . كذلك هناك أموال مخصصة للمنفعة العامة ، وهذا التخصيص في ذاته يقتضي استغلال

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الشرط الأخير من المادة ١/١٢٨٦ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٩٩ (الشرط الأخير) في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٦ (الشرط الأخير) ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٥ (الشرط الأخير) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٥) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠١٨ (الشرط الأخير) (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لامقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لامقابل .

الدولة لها ، وذلك كالكسك الحديدية وخطوط التلغراف والتلفون ، فان تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة يكون في صورة استغلال يعود عادة بربح على الدولة (١) .

ونضيف هنا أنه يجوز ترتيب حق ارتفاق على المال العام ، إن كان ترتيب هذا الحق لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١٠١٥ مدني سالفه الذكر (٢) . ويجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة : (١) أن يكون التكاليف المراد تقريره على المال العام متعارضا (incompatible) مع المنفعة العامة التي خصص لها هذا المال ، كأن يترتب لدار مجاورة للحديقة عامة حق ارتفاق في إقامة أكشاك أو وضع مقاعد خشبية تختص بها الدار . مثل هذا الارتفاق لا يجوز ترتيبه على المال العام ، لأنه يتعارض مع المنفعة العامة التي خصصت لها الحديقة ، فهي حديقة أعدت للجمهور دون تمييز بين طائفة وأخرى . (٢) أن يكون التكاليف المراد تقريره على المال العام مطابقا (conforme) للمنفعة العامة التي خصص لها هذا المال ، ومثل هذا الارتفاق لا شك في جواز ترتيبه على المال العام . من ذلك ما يسرى في الفقه الإداري بمنافذ التطرق (aissance de voirie) ، وهي منافع تعود على الأملاك المجاورة للطرق العامة بسبب هذا الجوار ، وتشمل المظل والمسبل والنفاذ (٣) . ومن ذلك أيضا ارتفاقات انرى المترتبة

(١) الوسيط ٨ فقرة ٧٤ . (٢) وقد سبق بيان أنه يجوز

ترتيب حقوق ارتفاق لفائدة المال العام ، كحقوق التطرق المتعلقة بالشوارع Voierie ، والحقوق المتعلقة بالأعمال الحربية ، وحقوق الإدارة في نزع أترية من الأراضي المجاورة لجسور العامة لحمايتها من غوائل الفيضان (الوسيط ٨ فقرة ٥٨) .

(٣) أنظر Bastid في مقال بمجلة القانون العام سنة ١٩٣٠ ص ٦٠٩ وما بعدها .

Roigad في نظرية الحقوق للمبينة الإدارية رسالة من تولوز سنة ١٩١٤ ص ٣٥ وما بعدها . محمد زهير جبرانة في حق الدولة والأفراد على الأموال العامة سنة ١٩١٣ ص ٢٢٢ وما بعدها . فالأملاك المجاورة للطريق العام لها حق ارتفاق بالإطلاع عليه وبأن يدخل لها منه السور والهواء (استئناف غرناطة ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ١٦ ص ١٢) ، ولها حق ارتفاق بمسبل المياه فيجوز لها أن تصرف في الطريق العام مياه الأمطار والمياه المترتبة عنها لما تقتضي به القوانح الصحية ، ولها حق ارتفاق بتنفيذ من الطريق العام إل غيره من الطرق والأماكن .

على الترع العامة والمصارف العامة ، فهي ارتفاعات مطابقة للمنفعة العامة التي خصصت لها هذه الترع والمصارف (١) . أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام ليس متعارضاً (pas incompatible) مع المنفعة العامة التي خصص لها هذا المال ، وفي هذا الفرض كما في الفرض السابق يجوز ترتيب حق الارتفاق على المال العام (٢) . من ذلك أن يحصل مالك الدار على ممر تحت الطريق العام (passage souterrain) للوصول إلى داره ، وأن يحصل مالك الأرض التي يفصل بين أحزابها ترعة أو سكة حديدية على حق المرور على الكوبري ، المتعام على التربة أو على المزلقان ، الذي يخترق السكة الحديدية ، وأن يحصل مالك المقيى المجاورة لتفريق العام على حق وضع كراسي ملاصقة لانهاء فرق الرصيف ، وأن يحصل مالك المبنى المجاور لساحل البحر على حق وضع كشك للاستحمام على هذا الساحل .

وليس هناك اتفاق في فرنسا على تكييف التكليف المتقدمة الذكر بأنها حقوق ارتفاع . وكان القضاء الفرنسي يعتبر مدة طويلة منافذ التطرق حقوق ارتفاع (٣) . ولكنه تحت تأثير أو يرى ورو (٤) تجنب هذا التكييف وآثر أن يصنف هذه الحقوق بأنها حقوق ذات طبيعة خاصة (sui generis) (٥) . أما الفقه الفرنسي ، فقد أخذ يجنح إلى القول بأن هذه التكليف هي حقوق ارتفاع إدارية (servitudes administratives) (٦) .

(١) فالأراضي الزراعية المجاورة للترع العامة والمصارف العامة لها حق الشرب من هذه الترع ، وحق الميل في هذه المصارف .

(٢) بودر وشوفر ققرة ٧٩٨ .

(٣) نقض فرنسي ٢٢ مارس سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ - ١ - ٢٠٦ - ٣ يونيو سنة

١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٦٤ .

(٤) أدري ورو ٣ ققرة ٢٤٩ ص ٩٩ - ص ١٠٠ .

(٥) نقض فرنسي ١٤ مارس سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٧ - ١ - ٤٤٨ - ٢١ يونيو سنة

١٩٠٩ دالوز ١٩١٣ - ٥ - ٥٤ .

(٦) هوريو في القانون الإداري الطبعة المباشرة ص ٦٢٢ ومامش ٢ - Rigeud

رسالة ص ٢٨٩ وما يبعثها وص ٢٠٩ Mestre في تعليق في سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ١٠٩ -

وانظر بلانيرل وريبير وبيكار ٣ ققرة ٨٨٨ ص ٨٦٩ - وقارن بودري وشوفر ققرة

٧٩٧ - ققرة ٧٩٨ .

وفي مصر الأمر يختلف ، فقد حسم نص المادة ١٠١٥ مدني سالف الذكر كل خلاف في هذه المسألة ، إذ قضى صراحة كما رأينا بأنه « يجوز الارتفاق على مال عام ... » . فلاشك إذن في أن هذه التكاليف التي تترتب على المال العام والتي تقدم ذكرها هي حقوق ارتفاق إدارية : بموجب هذا النص الصريح . وحتى في عهد التقنين المدني السابق حيث لم يوجد نص مماثل للمادة ١٠١٥ مدني ، كان جانب من الفقه المصري يقول بذلك (١) ، كما كان يقول به أيضا جانب من القضاء المصري (٢) .

ويترتب على أن هذه التكاليف هي حقوق ارتفاق إدارية نتيجتان هامتان ، أخذ بهما القضاء الفرنسي إذ هو يسلم بأن هذه التكاليف هي حقوق إدارية على كل حال وإن كان يصفها بأنها حقوق ذات طبيعة خاصة : (النتيجة الأولى) لأصحاب حقوق الارتفاق الإدارية هذه أن يحتاجوا بها على الغير فيجوز لصاحب الحق أن يطالب الغير بحقه عن طريق دعوى عينية تقابل دعوى الاستحقاق في حالة حق الملكية ، هي دعوى الإقرار بحق الارتفاق (٣) . كما يجوز له أن يرفع دعاوى الحيازة ، لحماية حيازته لحق الارتفاق (٤) . هذا فضلا عن جواز مطالبته بالتعويض بموجب دعوى المسؤولية التقصيرية (٥) أو بموجب ادعائه مدينا في دعوى مخالفات الطريق العام أو برفعه دعوى المخالفة المباشرة (٦) . (النتيجة الثانية) يجوز لجهة الإدارة ، لدواع من المصلحة العامة ، إلغاء حقوق الارتفاق الإدارية هذه أو تعديلها ، عن طريق

(١) والفقيه الذي ذهب في وضوح ، في عهد التقنين المدني السابق ، إلى أن هذه التكاليف هي حقوق ارتفاق إدارية هو الأستاذ محمد زهير جبرانة في كتابه «حق التولية والأفراد على الأموال العامة» سنة ١٩٤٣ ص ٢٦٥ - ص ٢٦٩ . وانظر مقالا له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٢٤١ .

(٢) نقض مدني ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٣٤ ص ٢١١ - استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٥ - أول مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٥ (أسباب الحكم) .

(٣) نقض فرنسي ٥ يناير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ١ - ١٢ - ٢ يونيو سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٥ - ١ - ٤١٨ .

(٤) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٩٠٢ سيرييه ١٩٠٢ - ١ - ٥٥٥ .

(٥) نقض فرنسي أول مايو سنة ١٩١٢ سيرييه ١٩١٢ - ١ - ٣١ .

(٦) نقض فرنسي جنائي ٤ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٧٤ .

تحويل الطريق العام أو إنهاء تخصيصه للمنفعة العامة أو القيام فيه بأشغال عامة (١). ولكن يجب في هذه الحالة تعويض صاحب الحق من الضرر الذي أصابه من جراء ذلك، ويجوز لجهة الإدارة إذا أنهت تخصيص الطريق العام لمنفعة العامة وباعته أن تلزم المشتري باحترام حقوق الارتفاق التي ترتبت على الطريق أو بتعويض أصحاب هذه الحقوق (٢). بل يجوز إلغاء القرار الإداري الذي يلغى هذه الحقوق أو ينقص منها. إذا كان هذا القرار مخالفا للقانون أو انطوى على تعسف في استعمال السلطة (٣).

٥٥٣ - تقسيمات من الارتفاق : أهم تقسيمات حق الارتفاق ثلاثة :

- (١) الارتفاق المستمر (continue) والارتفاق غير المستمر (discontinue)
- (٢) الارتفاق الظاهر (apparente) والارتفاق غير الظاهر (non apparente)
- (٣) الارتفاق الإيجابي (positive) والارتفاق السلبي (negative) (٤).

٥٥٤ - الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر : والارتفاق المستمر

هو الارتفاق الذي يستعمل دون تدخل حالي من فعل الإنسان (م ٦٨٨ مدني

(١) نقض فرنسي ٢٥ فبراير سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٣٥٥ - مجلس الدولة الفرنسي ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٢ - ٣ - ٧ - وانظر في القضاء المصري : استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٦٦ - استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٠ - أول مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٥ .

(٢) نقض فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٥٢ - مجلس الدولة الفرنسي ٨ أغسطس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٤ - ٣ - ١ - ١٧ - يناير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ٣ - ٨٨ - وانظر في القضاء المصري : استئناف مخطط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٣ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٦ - أول يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٦ - ٢١ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٦ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسي ١٢ مارس سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١١ - ٣ - ٩٨ - نقض فرنسي جنائي ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٤٨ .

(٤) ويوجد تقسيم رابع كانت له أهمية كبيرة في القانون الروماني ، وبعض الأهمية في القانون الفرنسي القديم . ولكنه فقد أهميته الآن ، بعد أن حل محله تقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر . وهذا هو تقسيم الارتفاق إلى ارتفاق لفائدة المباني servitude urbaine ، وارتفاق لفائدة الأراضي servitude rurale . فإذا تقرر ارتفاق لفائدة بناء ، أيا كان هذا البناء في المدن أو في القرى ، فهو ارتفاق لفائدة المباني ، وذلك كما نطّل ، وأغلب هذه الارتفاقات ارتفاقات مستمرة . أما إذا تقرر الارتفاق لفائدة أرض ، كالشرب والمجرى والميل ، فهو ارتفاق لفائدة الأراضي . أنظر المادة ٦٨٧ مدني فرنسي ، وانظر بودري وشوفر فقرة ١٠٨١ وفقرة ١٠٨٢ ص ٨١٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٦ .

فرنسي) . مثل ذلك الارتفاق بعدم البناء (non edificandi) ، أو بعدم
تعلية البناء إلى أزيد من حدمعين (non altius tollendi) ، أو بالرؤية (paospect)
أو بالمطل (vue) ، أو بالشرب (acqueduc) أو بالمجرى (passage d'eau)
أو بالمسيل (égout) . فهذه كلها ارتفاعات مستمرة ، ومعنى أنها مستمرة أنها
لا تحتاج في استعمالها إلى تدخل حالي من فعل الإنسان (fait actuel de l'homme)
فنها ما لا يحتاج في استعماله إلى فعل الإنسان أصلاً ، وذلك كالارتفاع بعدم البناء أو بعدم
تعلية البناء إلى أزيد من حد معين أو بالرؤية ، ومنرى فيما يلي (١) أن هذه
الارتفاعات هي أيضاً ارتفاعات سلبية . ومنها ما يحتاج في استعماله إلى فعل
الإنسان في بداية الأمر ، ولكن متى تم هذا الفعل أصبح استعمال الارتفاق
في غير حاجة إلى فعل حالي من الإنسان وقت مباشرة الاستعمال . فالارتفاع
بالمطل يحتاج في بداية الأمر إلى فعل الإنسان ، كإحداث فتحة في الحائط ،
ولكن متى أحدثت هذه الفتحة لم يعد المطل في حاجة إلى فعل الإنسان ،
فمداامت الفتحة موجودة فتم استعمال للارتفاع بالمطل . وكذلك الشرب
والمجرى والمسيل ، كل منها في بداية الأمر في حاجة إلى حفر مجرى للمياه ،
ولكن متى حفر هذا المجرى فالماء يجري فيه أو يسيل منه دون حاجة إلى فعل
الإنسان (٢) .

والارتفاع غير المستمر هو ، كما رأينا ، ما يحتاج في استعماله إلى التدخل

(١) أنظر فقرة ٥٥٦ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٦ -

ويتبين من ذلك أن لاستمرار الارتفاق معنى غير استمرار الهيازة ، فالهيازة تكون مستمرة
إذا لم تنقطع ، أما الارتفاق فيكون مستمراً إذا لم يحتاج في استعماله إلى تدخل فعل من عمل الإنسان
(مازو فقرة ١٧١٣ ص ١٣٥٤) . وكل ذلك يكون الارتفاق مستمراً حتى لو لم يستعمل على
الدوام ، فالشرب مثلاً وهو ارتفاع قد لا يستعمل في كل الأوقات ، ولكنه عندما يستعمل
لا يتدخل في استعماله فعل الإنسان . وصرف مياه المنجم ، تفنئها المضخات نهراً ولها دون
انقطاع ، وهو ارتفاع غير مستمر ، يبقى مستملاً على الدوام ، ولكنه في استعماله يحتاج إلى فعل
الإنسان . فالأمر إذن ليس في دوام الاستعمال أو عدم دوامه حتى يكون الارتفاق مستمراً
أو غير مستمر ، بل في حاجة الاستعمال إلى فعل الإنسان وإن كان لا يدوم فيكون الارتفاق
مستمراً ، أو في حاجته إلى فعل الإنسان وإن كان يدوم فيكون الارتفاق غير مستمر (بلانيول
وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٦) .

الحائى لفعل الإنسان . مثل ذلك الارتفاق بالمرور (passage) ، والارتفاق باغتراف المياه (puisage) ، والارتفاق باستخراج الأحجار وغيرها من المواد (extraction de matériaux) ، والارتفاق برعى المواشى (pacage) ، فهذه كلها ارتفاقات غير مستمرة (١) . فالارتفاق غير المستمر يقتضى إذن لاستعماله قيام مالك العقار المرتفق بعمل إيجابى فى العقار المرتفق به : يمر فى الطريق أو يغترف المياه أو يستخرج الأحجار أو برعى الغنم . فإذا لم يتم بهذا العمل الإيجابى ، فالارتفاق لا يكون مستعملاً ولا تظهر فائدته (٢) .

وتقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر لم يخل من انتقاد الفقه الفرنسى ، ويتشكك بعض الفقهاء فى صلاية التقسيم (٣) وفى فائدته . ومهما يكن من أمر ، فإن أهم فائدة لهذا التقسيم ، ومن أن الارتفاق المستمر وحده هو الذى يمكن كسبه بالتقادم ، قد نبذها التقنين المسمى المصرى الجديد ، ففى هذا التقنين يمكن كسب الارتفاق غير المستمر كالارتفاق بالمرور بالتقادم مادام ظاهراً كما سنرى (م ١٠١٦/٢ مدنى) .

(١) فالارتفاق بالمرور يقتضى لاستعماله فعل الإنسان ، ولا يكتفى الفعل المبدئى الذى عبد الطريق للمرور ، بل يجب أن يمر الإنسان فعلاً من الطريق . وإذا خضع طريق للمرور ، فهما بقى هذا الطريق مفتوحاً معبداً فإن هذا لا يكتفى لاستعمال حق المرور ، ولا يستعمل هذا الحق إلا إذا قام إنسان فعلاً بالمرور من هذا الطريق (بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٣) . وهذا هو أيضاً شأن الارتفاق باغتراف المياه فلا بد من أن يغترف الإنسان المياه فعلاً ، وشأن الارتفاق باستخراج الأحجار فلا بد من أن يستخرجها الإنسان فعلاً ، وشأن الارتفاق برعى المواشى فلا بد من أن يقوم الإنسان فعلاً برعيتها .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٧ - وبين الارتفاق غير مستمر حتى لو وضعت له علامة ظاهرة تستمر على نحو دائم ، كأن يرصف الطريق الذى يستعمل فى الارتفاق بالمرور ، أو يقيم على جانبيه ما يحددها تحديداً ظاهراً ، أو يفتح له باب يمين بدايته (أوبرى ورو فقرة ٢٤٨ ص ٩٦ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٧) . وفى هذه الحالة يكون الارتفاق غير مستمر ولو غاب ظاهراً فى وقت واحد كما سيأتى .

(٣) فعلاً لا يرى بودرى وشوفو فرقاً محسوساً بين ارتفاق مستمر كارتفاق بالمطل بملاته للظاهرة من نافذة تطل على الجار ، وبين ارتفاق غير مستمر كارتفاق بالمرور بملاته للظاهرة من باب يمين بداية الطريق ، فكلاهما يحتاج إلى تدخل الإنسان ليطل من النافذة أو يمر فى الطريق (بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٤ ص ٨١٤ وقرة ١١٠٩) .

٥٥٥- الارتفاق الظاهر والارتفاق غير الظاهر : والارتفاق الظاهر ،

كما عرفته المادة ٦٨٩ من التقنين المدني الفرنسي ، هو ارتفاق ينشأ عن وجوده أعمال خارجية ، كباب أو نافذة أو مجرى (١) . والارتفاق غير الظاهر هو ارتفاق ليست له علامة خارجية تتم عن وجوده ، وذلك مثلا كالارتفاق بعدم البناء أو الارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين .

ويتبين من ذلك أنه في حين أن تقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر تقسيم يرجع إلى طبيعة الارتفاق في ذاته ، فإن تقسيمه إلى ظاهر وغير ظاهر لا يرجع إلى طبيعة الارتفاق ، بل إلى أمر خارجي عارض هو أن تكون له علامة ظاهرة أو ليست له هذه العلامة . وعلى ذلك قد يكون الارتفاق الواحد ظاهرا إذا دلت على وجوده علامة خارجية ، وقد يكون غير ظاهر إذا لم توجد علامة خارجية تدل على وجوده . فالارتفاق بالمرور يكون ظاهرا إذا كان له طريق معين مرصوف أو باب يقام في بدايته ، ويكون غير ظاهر إذا كان الطريق غير محدد بعلامة خارجية ولا يتميز من سائر الأرض التي يسار فيها . والارتفاق بالشرب يكون ظاهرا إذا كان له مجرى محفور يشق الأرض وتجري فيه المياه ، ويكون غير ظاهر إذا كان الماء يجري في أنابيب مدفونة في باطن الأرض لا تراها الناس (٢) . على أن طبيعة الارتفاق قد تساعد على أن يكون ظاهرا في العادة ، وذلك كالارتفاق بالمطل فانه يصعب تصور وجود هذا الارتفاق دون علامة ظاهرة تتم عن وجوده كنافذة أو شرفة أو « بلكون » أو أية خارجة أخرى . وقد تقضى طبيعة الارتفاق بأن يكون غير ظاهر دائما ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء (٣) .

(١) فالظهور في حق الارتفاق أخص من الظهور في الحيابة ، إذ أن الحيابة الظاهرة لا يشترط فيها أن تكون لها علامة ظاهرة . فيصح إذن أن حق الارتفاق غير الظاهر ، وهو الذي ليست له علامة ظاهرة ، تكون حيازته مع ذلك حيازة ظاهرة .

(٢) استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٦ .

(٣) هذا والعلامة الظاهرة التي تتم عن حق الارتفاق قد تكون في العقار المرتفق كما في الارتفاق بالمطل ، فإن النافذة وهي العلامة الظاهرة توجد في حائط العقار المرتفق . وقد تكون هذه العلامة في العقار المرتفق به كما في الارتفاق بالمجرى فإن القناة التي تجري فيها المياه تحفر في الأرض المرتفق بها ، وكما في الارتفاق بالمرور فإن العلامة الظاهرة للطريق توجد في العقار المرتفق به . فيختلف الأمر إذن باختلاف ماهية الارتفاق ، والعلامة الظاهرة توجد حيث يستعمل حق الارتفاق (بودرى وشوفو فقرة ١١٠١ ص ٨٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٣) .

ولم يكن تقسيم الارتفاق إلى ظاهر وغير ظاهر معروفا أصلا في القانون الروماني . وقد بدأ يعرف في القانون الفرنسي القديم ، وتدرج شيئا فشيئا ، حتى أصبح شائعا في القرن الثامن عشر . وكان فقهاء هذا العصر يقابلون ما بين الارتفاقات المستترة الخفية (latentes ou cachées) والارتفاقات المرئية أو الظاهرة (patentes, visibles ou apparentes) ، ولكن التقسيم بقي مع ذلك مختلطا بتقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر . والتقنين المدني الفرنسي هو الذي ميز في وضوح ما بين التقسيمين ، وبين أن كلا منهما مستقل عن التقسيم الآخر ، ولا يختلط به . فقد يكون الارتفاق المستمر ظاهر كالارتفاق بالمطل ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق بالمرور إذا كانت له علامة ظاهرة ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق بالمرور إذا لم تكن له علامة ظاهرة وكالارتفاق باعتراف المياه والارتفاق برعى المواشي (١) .

٥٥٦ - الارتفاق الإيجابي والارتفاق السلبي : وهنا يرجع التقسيم إلى مضمون حق الارتفاق . فان كان هذا المضمون يجعل لمالك العقار المرتفق الحق في القيام بأعمال إيجابية في العقار المرتفق به ، كالارتفاق بالمرور والارتفاق برعى المواشي والارتفاق باعتراف المياه والارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل ، فالارتفاق يكون ارتفاقا إيجابيا . أما إذا كان مضمون حق الارتفاق يقتصر على منع مالك العقار المرتفق به من القيام بأعمال في عقاره كان له الحق في القيام بها لولا وجود حق الارتفاق ، كالارتفاق بعدم البناء والارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين والارتفاق بالروية (prospect) ، فالارتفاق يكون ارتفاقا سلبيا .

والارتفاق الإيجابي إما أن يكون مستمرا كالارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل ، أو غير مستمر كالارتفاق بالمرور والارتفاق برعى المواشي والارتفاق باعتراف المياه . وقد يكون ظاهرا كالارتفاق بالمرور أو بالشرب إذا كان للارتفاق علامة خارجية ظاهرة ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٩ - مارق

جرعى المواشي والارتفاع باغتراف المياه ، وكالارتفاع بالمرور أو بالشرب إذا لم يكن للارتفاع علامة خارجية ظاهرة .
أما الإرتفاق السلبي ، فهو دائما ارتفاع مستمر غير ظاهر (١) .

٥٥٧ - استبعاد القيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق

الارتفاع : ونحن في بحث حق الارتفاع نستبعد من نطاق هذا الحق القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، وهي التي تسمى في كثير من الأحيان بحقوق الارتفاع القانونية . ذلك أن حق الارتفاع هو كما رأينا حق يرتب على عقار لفائدة عقار آخر ، فيخرج بكل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق عن النظام المألوف لحق الملكية . فما تقرر من قيود غير القيود التي تعتبر هي التنظيم العام لحق الملكية ، فخرج بالملكية عن حدود هذا التنظيم العام ، فهو حق ارتفاع . أما تلك القيود التي فرضها القانون ، كقيود الجوار والرى والصرف بين الجيران من شرب ومجرى ومسيل ووضع الخلود وحق المرور وحق فتح المظلات والمناور ، هذه القيود التي فرضها القانون والتي تمثل التنظيم العام المألوف لحق الملكية ليست بحقوق ارتفاع . فحق الارتفاع في معناه الصحيح هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، في حين أن هذه القيود القانونية ليست بخروج عن التنظيم العام المألوف ، بل هي ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية (٢) . وقد سبق ، عند بحثنا هذه للقيود القانونية ، أن رتبنا نتائج هامة على أن هذه القيود ليست بحقوق ارتفاع بالمعنى الصحيح ، وذكرنا النتيجة الآتيتين :

(النتيجة الأولى) إذا باع شخص عقارا مملوكا له ، وضمن للمشتري خلوه من حقوق ارتفاع ، ثم تبين أن هناك قيودا قانونية ترد على العقار المبيع من نحو حق شرب أو مجرى أو مسيل أو من نحو حق مظل أو حق مرور ، فإن هذه القيود لا يضمنها البائع لأنها ليست بحقوق ارتفاع كما قدمنا ، بل هي التنظيم الطبيعي المألوف لحق الملكية . ولم يقصد البائع من ضمانه خلوه العقار من حقوق ارتفاع أن يضمن خلوه العقار من هذه القيود ،

(١) بودرى وشرفو فقرة ١٠٩٢ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ - الوسيط ٨ فقرة ٣٩٢ ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩ .

فهي قيود فرضها القانون وعلى المشتري أن يعرف ذلك . وإنما قصد البائع أن يضمن خلو العقار من حق ارتفاق فرضه الاتفاق أو مصدر آخر غير القانون . وخرج به عن حدود التنظيم العام لحق الملكية . فلو ضمن البائع خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل مثلا ، فهو لا يضمن بذلك خلو المبيع من المطل القانوني إذ أن هذا ليس بحق ارتفاق بل هو قيد قانوني على الملكية . وإنما يضمن للمشتري خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم ، وهو أن تمنع الجار مطلا على مسافة أقل من المسافة القانونية .

(النتيجة الثانية) لا تزول هذه القيود القانونية بعدم الاستعمال : لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتندوم بدوام هذا الحق . ولو كانت هذه القيود حقوق ارتفاق حقيقية ، لزالت بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . فلو أن للمالك عقار حق الشرب من مسقاة في العقار المجاور وتوافرت الشروط القانونية لوجود هذا الحق ، ولكنه أعرض عن المطالبة به واستعماله مكتفيا بحضر بئر ارتوازية في أرضه ، وبقي كذلك مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ثم أراد استعمال حقه في الشرب من مسقاة الجار ، لجاز له ذلك ، ولما صح الاعتراض عليه بأنه لم يستعمل هذا الحق مدة خمس عشرة سنة فسقط الحق بعدم الاستعمال . كذلك لا تكسب هذه القيود بالتقادم المكسب ، لأن الإفادة منها تعتبر رخصة من المباحات ، فلا تصلح حيازة مكسبة لارتفاق بالتقادم . فلو أن أرضا محبوسة عن الطريق العام استعمل صاحبها حقه في المرور من أرض الجار ، وبقي مستعملا لهذا الحق مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، ثم زال انحباس الأرض ، لزال بزواله حق صاحب الأرض في المرور . ولم يكن لصاحب الأرض أن يدعى أنه كسب حق المرور القانوني بالتقادم ^(١) . ولو كان حق المرور اتفاقيا ، لملكه بالتقادم المكسب ^(٢) .

والفقه ، في فرنسا وفي مصر ، منقسم في هذه المسألة . ففي فرنسا ،

(١) أنوسيط ٨ فقرة ٤٦٧ .

(٢) أنظر في كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ ص ٦٣٩ - ص ٦٤٠ - إسماعيل غانم

ص ٢٣ - ص ٢٤ .

يذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه القيود هي حقوق ارتفاق قانونية (١) .
ويذهب بعض آخر إلى التمييز بين القيود المقررة للمصلحة العامة والمقررة
للمصلحة الخاصة وتكون متعلقة بالمياه ووضع الحدود والتحويط والحائط
المشترك وهذه كلها قيود قانونية ترد على حق الملكية وليست بحقوق ارتفاق ،
وبين القيود الأخرى وبخاصة حق المرور فهذه ذات طبيعة مختلطة تجمع بين
معنى القيد ومعنى حق الارتفاق (٢) ، ولكن الغالبية من الفقهاء يذهبون
إلى أن كل هذه القيود إنما هي قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست
بحقوق ارتفاق (٣) . وفي مصر كذلك . تذهب القلة من الفقهاء إلى أن هذه
القيود القانونية هي حقوق ارتفاق حقيقية (٤) ، أو إلى أن بعض هذه القيود
(ارتفاقات المياه والمرور) تعتبر حقوق ارتفاق حقيقية وبعضها ليست إلا مجرد
قيود قانونية ترد على حق الملكية (٥) . أما الكثرة من الفقهاء في مصر فتأخذ
بالرأى الصحيح ، وتعتبر أن هذه القيود جميعا إنما هي قيود قانونية ترد على
حق الملكية ، وليست بحقوق ارتفاق ، وهذا هو الرأى الذى سار عليه التقنين
المدنى الجديد وخالف فيه التقنين المدنى السابق (٦) .

- (١) بردى وشوفو فقرة ٨٠٨ ، ومع ذلك أنظر فقرة ١٠٧٠ - بلانيول وريبير
وبيكار ٣ فقرة ٩٠٥ ص ٨٨٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٦٧٨ .
(٢) بيدان وفوران ٤ فقرة ٥٦٢ وما بعدها - مارتى ورينو فقرة ١٤٤ وفقرة ١٤٤
مكررة (ويميزان بين التكاليف ذات النفع الخاص وهي حقوق ارتفاق ، والتكاليف ذات
النفع العام وليست بحقوق ارتفاق) - كاربونييه ص ١٨٤ - ص ١٨٥ .
(٣) ديمولومب ١١ فقرة ٨ - أدبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ وهامش ١ -
جوسران ١ فقرة ١٩٦٨ - دى باج ٥ فقرة ٩٤٢ - مازو فقرة ١٧٠٦ وانظر أيضاً فقرة
١٣٨٢ - وقرب كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ .
(٤) شفيق شحانة فقرة ٣٣٠ ، ومع ذلك أنظر فقرة ٣٣٠ ص ٣٢٥ وهامش ٣ حيث
يورد حكم محكمة استئناف مصر في ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحامة ١٦ رقم ١٦٨ ص ٣٧٦
في المعنى العكسى .
(٥) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٧٨ - منصور مصطفى
منصور فقرة ٣٩ ص ٩٦ - ص ٩٧ ، ومع ذلك أنظر ص ٩٧ .
(٦) عبد كامل مرسى ٢ فقرة ٣٧٣ - محمد على عرفة فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ -
ص ٢٤٠ - إسماعيل غانم جزء أول فقرة ٤٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢ - حسن كبرى
فقرة ٦٤ - وانظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ .

٥٥٨ - ما أُرغله التقنين المدني الجديد منه تعدى برت على التقنين المدني

السابق في مفهوم من الارتفاق : أهم ما استحدث التقنين المدني الجديد من التعديلات في هذا الخصوص هو أنه ميز تمييزاً واضحاً ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وهو قيد يخرج بالعقار عن التنظيم العام المألوف في حق الملكية ، وبين قيود الملكية التي يفرضها القانون وهي قيود تمثل هذا التنظيم العام المألوف ، وذلك على النحو الذي يسطناه فيما تقدم (١) .

وأكمل التقنين المدني الجديد أسباب كسب حق الارتفاق ، فأضاف إلى هذه الأسباب تخصيص المالك الأصلي (م ١٠١٧ مدني) ، وكان هذا السبب على أهميته مسكوتاً عنه في التقنين المدني السابق . واستحدث تعديلاً هاماً في كسب حق الارتفاق بالتقادم : فلم يشترط إلا أن يكون حق الارتفاق ظاهراً حتى يجوز كسبه بالتقادم ، وبذلك استبعد شرط الاستمرار ، ونص صراحة على أن حق المرور ، وهو حق ارتفاق غير مستمر ، يجوز كسبه بالتقادم متى كان ظاهراً (م ١٠١٦ / ٢ مدني) . وحسم خلافاً كان قائماً في عهد التقنين المدني السابق في طبيعة القيود التي تفرضها عادة شركات الأراضي على المالك عند إقامة بناء في الأرض التي اشتراها من الشركة ، فقرر أن هذه القيود تعتبر في الأصل حقوق ارتفاق لفائدة العقارات المجاورة ، وأن الضرر الذي ينشأ عن مخالفة هذه القيود يمكن المطالبة باصلاحه عينا ، إلا إذا تبين أن الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية (م ١٠١٨ مدني) .

وأدخل مرونة كبيرة في استعمال حق الارتفاق ، فأجاز تعديل هذا الحق أو نقله إلى عقار آخر أو زواله ، إذا كان ذلك يدفع الضرر عن العقار المرتفق به دون أن يصيب العقار المرتفق بخسارة جسيمة . وأجاز أيضاً إنهاء حق

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٧ - كان التقنين المدني السابق ، ناهجاً في ذلك نهج التقنين المدني الفرنسي ، يخلط ما بين حقوق الارتفاق والقيود التي ترد على حق الملكية ، فيعتبر هذه القيود حقوق ارتفاق حقيقية ، ويدرجها مع حقوق الارتفاق التي يرثها القيد ، كما فعل التقنين المدني الفرنسي . ولذلك كانت هذه القيود يطلق عليها ، في عهد التقنين المدني السابق ، اسم حقوق الارتفاق القانونية ، وتعتبر حقوق ارتفاق مصدرها القانون بدلاً من أن يكون مصدرها القيد .

الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها استعمال هذا الحق ، أو إذا لم يعد للارتفاق المنفعة التي كانت له (١) .

٥٥٩ - قطة البحث : ونبحث - حق الارتفاق في فصول ثلاثة :

(١) أسباب كسب حق الارتفاق . (٢) الآثار التي تترتب على قيام حق الارتفاق . (٣) أسباب انتهاء حق الارتفاق .

الفصل الأول

أسباب كسب حق الارتفاق

٥٦٠ - نص قانوني : تنص المادة ١٠١٦ مدني على ما يأتي :

- ١ - « حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالمراث » .
- ٢ - « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » (٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٩٦١

- ٩٦٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠١٩ . وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٧ - ٥٨ (٣) .

(١) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية

٦ ص ٦٢١ - ص ٦٢٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٥ - ص ٦٢٧) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٦١ : ينتج الارتفاق

إما من الرضعية الطبيعية للأماكن ، وإما من التزامات مفروضة بالقانون ، وإما من اتفاقات مفردة بين ملاك المقار .

م ٩٦٢ : ١ - خلافاً للنصوص المتعلقة بالسجل العقارى تمنى من أشهر ستون

الارتفاق الناتجة عن الرضعية الطبيعية للأماكن وعن الالتزامات المفروضة بالتأثير . ٢ - يه أن الارتفاق المختص بحق المرور المائد لأرض محاطة بأرض أخرى يمكن تحديده بوضوح ، بناء على طلب مالك العقار المرتفق به .

ويجب أن نميز تمييزاً دقيقاً بين كسب حق الارتفاق انتقالاً وبين كسبه ابتداءً .

٥٦١ - كسب حق الارتفاق انتقالاً : وهنا يختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع . فعندما نحقق حق الانتفاع انتقالاً (١) ، كان مفروضاً أن حق الانتفاع قد تم إنشاؤه وأنه ينتقل استقلالاً من شخص إلى شخص آخر . أما حق الارتفاق فلا يتصور ، بعد أن يتم إنشاؤه . أن ينتقل استقلالاً من شخص إلى شخص آخر . وإنما هو ينتقل بالضرورة مع العقار المرتفق وتبعاً له ، لأنه حق تابع كما سبق القول (٢) . فكسب حق الارتفاق انتقالاً إذن إنما يتم بنفس الأسباب التي يتم بها كسب ملكية العقار المرتفق ، فأينما تنتقل ملكية هذا العقار ينتقل معها حق الارتفاق .

وعلى ذلك لا توجد أسباب خاصة لكسب حق الارتفاق انتقالاً ، بل هي نفس الأسباب التي تنتقل بها ملكية العقار المرتفق . فالعقار الذي تقرر لفائده حق ارتفاق تنتقل ملكيته بالميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم ، وقد استبعدنا الاستيلاء لأن الملكية تكسب به ابتداءً ، واستبعدنا الالتصاق لأنه لا يتصور فيما نحن بصددده . وكذلك ينتقل حق الارتفاق المقرر لفائدة هذا العقار بالأسباب نفسها ، فإذا انتقل العقار بالميراث انتقل معه حق الارتفاق بالميراث أيضاً ، أو انتقل بالوصية أو العقد أو الشفعة أو التقادم انتقل معه حق الارتفاق بأي سبب من هذه الأسباب .

(والتقنين المدني السوري يحارى قانون الملكية العقارية اللبناني والتقنين الفرنسي ، ويدخل ضمن حقوق الارتفاق القيود القانونية الواردة على حق الملكية . ولا يورد النص السوري بين أسباب كسب حق الارتفاق التقادم ولا تخصيص المالك الأصل) .

التقنين المدني الليبي م ١٠١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٧ (مطابقة للمادة ٩٦١ مدني سوري ، والنص السوري

مأخوذ من هذه المادة) .

م ٥٨ (موافقة للمادة ٩٦٢ مدني سوري ، والنص السوري مأخوذ من هذه المادة) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ .

ولا يعني هنا أن نبحث هذه الأسباب ، فقد سبق بحثها عند الكلام في أسباب كسب الملكية . والذي يعني هنا هو بحث أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء ، لا أسباب كسبه انتقالا .

٥٦٢ - كسب حق الارتفاق ابتداء : والمفروض في كسب حق

الارتفاق ابتداء أن هذا الحق لم ينشأ بعد ، والمقصود هو بحث الأسباب التي تنشئ . فالأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء هي إذن نفس الأسباب التي تنشئ هذا الحق .

وإذا استعرضنا أسباب كسب الملكية لرى ما ينطبق منها على حق الارتفاق . وجب استبعاد الاستيلاء والالتصاق لاستحالتها ، ووجب أيضاً استبعاد الميراث والشفعة لأنهما سيان لكسب حق الارتفاق انتقالا ، لا لكسبه ابتداء . ويبقى بعد ذلك الوصية والعقد - أى التصرف القانوني - والتقادم ، فهذه هي الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء ، أى الأسباب التي تنشئ . ويدخل في هذه الأسباب تخصيص المالك الأصلي ، فسرى أنه يقوم على اتفاق ضمني ، أى على تصرف قانوني .

وقد حددت المادة ١٠١٦ مدني ، فيما رأينا (١) ، هذه الأسباب ، فذكرت العمل القانوني (أى التصرف القانوني) والتقادم ، ويجب استكمالها بتخصيص المالك الأصلي وقد ورد في المادة ١٠١٨ فيما سترى - غير أن المادة ١٠١٦ ذكرت أيضاً ، إلى جانب هذه الأسباب ، الميراث ، وذكر الميراث هنا غير دقيق لأنه سبب لكسب حق الارتفاق انتقالا لا ابتداء (٢) . فالواجب إذن قصر المادة ١٠١٦ على أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء ، لأن كسبه انتقالا لا يعني كما سبق القول ، وحذف الميراث من بين الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٦٠ .

(٢) وإذا كان المراد تعداد الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء ، فإن الميراث لا يدخل ضمن هذه الأسباب ، لأنه كما قلنا سبب لكسب حق الارتفاق انتقالا لا لكسبه ابتداء . أما إذا كان المراد جميع الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ، ابتداء كان ذلك أو انتقالا ، فلماذا لم يورد النص الشفعة ضمن هذه الأسباب ، وهي كالميراث يكسب بها حق الارتفاق انتقالا ؟

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ١٦ من ص ٦٢٨ .

وتكون الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداءً إذن . أو الأسباب التي تنشئ حق الارتفاق ، هي : (١) التصرف القانوني . أي العقد والوصية . (٢) تخصيص المالك الأصلي ، وقد قدمنا أنه اتفاق ضمني فيلحق بالتصرف القانوني . (٣) التقادم المكسب .

المبحث الأول

التصرف القانوني

(acte juridique)

٥٦٣ - مآلناه : نبحت في هذا الصدد : (١) أنواع التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق . (٢) الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق .

المطلب الأول

أنواع التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق

٥٦٤ - العقد والوصية : التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق إما أن يكون اتفاقاً صادراً من الجانبين وهذا هو العقد ، أو أن يكون إرادة منفردة صادرة من جانب واحد وهذه هي الوصية . والعقد هو السبب المألوف لكسب حق الارتفاق ابتداءً . وهو الذي يلجأ إليه عادة مالكا العقار المرتفق والعقار المرتفق به لإنشاء حق ارتفاق على العقار الثاني لفائدة العقار الأول . أما الوصية فنادرة الوقوع . والأسباب الأخرى لإنشاء حق الارتفاق ، وهي تخصيص المالك الأصلي والتقادم ، هي أيضاً أقل وقوعاً من العقد .

والوصية تصرف قانوني واحد لا يتنوع ، وتصدر من الموصي وهو مالك العقار المرتفق به ، يرتب بموجبها حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، ويكون مالك هذا العقار المرتفق هو الموصي له .

أما العقد الذي ينشئ حق الارتفاق فيتنوع . وهو إما عقد معاوضة أو عقد تبرع . وعلى رأس عقود المعاوضة التي تنشئ حق الارتفاق البيع . وبه ينشئ مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، في مقابل ثمن من النقود . ويكون مالك العقار المرتفق به هو

البائع ، ومالك العقار المرتفق هو المشتري ، والشئ المبيع هو حق الارتفاق . وقد يكون عند المعاوضة الذي ينشئ حق الارتفاق مقايضة . فيصح مثلاً أن يرتب مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، في مقابل أن يرتب مالك العقار المرتفق حق ارتفاق على عقاره لفائدة العقار المرتفق به ، فيكون كل من العقارين عقارا مرتفقاً وعقاراً مرتفقاً به . مثل ذلك أن يرتب كل من المالكين حق مرور على عقاره لفائدة العقار الآخر ، فيكون لكل من العقارين حق ارتفاق بالمرور في العقار الآخر . ويصح أيضاً أن يرتب مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، في مقابل أن يرتب مالك العقار المرتفق على هذا العقار أو على عقار آخر يملكه حق انتفاع لمصلحة مالك العقار المرتفق به يدوم طول حياة المتفع . وقد تكون المقايضة ترتيب حق ارتفاق على عقار ، في مقابل نقل ملكية عقار أو منقول لصاحب العقار المرتفق به . ومن عقود المعاوضة التي تنشئ حق الارتفاق الوفاء بمقابل ، فيصح أن يرتب صاحب العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة حق عقار آخر هو العقار المرتفق ، وفاء لدين في ذمة صاحب العقار المرتفق به لصاحب العقار المرتفق . وهكذا تنوع عقود المعاوضة التي تنشئ حق الارتفاق .

أما عقد التبرع الذي ينشئ حق الارتفاق فهو الهبة ، فيرتب صاحب العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، وذلك دون مقابل . فيكون صاحب العقار المرتفق به هو الواهب ، وصاحب العقار المرتفق هو الموهوب له ، والشئ الموهوب هو حق الارتفاق .

وفي كل ما قدمناه يكون التصرف القانوني سبباً لكسب حق الارتفاق بطريق الإنشاء (par voie de constitution) . وقد يكون التصرف القانوني ، كما في حق الانتفاع ، سبباً لكسب حق الارتفاق بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de rétention) . فيبيع مثلاً مالك العقار عقاره لشخص ، ويحتفظ في عقد البيع حق ارتفاق يرتب على العقار المبيع لفائدة عقار آخر يملكه البائع .

والتصرف القانوني أيا كان ، عقد معاوضة أو عقد تبرع أو وصية ، ينشئ حق الارتفاق من أى تقسيم كان . فنشئ حق الارتفاق المستمر كحق الشرب ، كما ينشئ حق الارتفاق غير المستمر كحق المرور . وينشئ حق الارتفاق الظاهر كحق المظل ، كما ينشئ حق الارتفاق غير الظاهر كحق رعى المواشى . وينشئ حق الارتفاق الإيجابي كحق اغتراف المياه ، كما ينشئ حق الارتفاق السلبي كالحق في عدم البناء (١) . أما الأسباب الأخرى التي تنشئ حق الارتفاق ، وهي تخصيص المالك الأصلي والتقدم ، فلا تنشئ من حقوق الارتفاق إلا ما كان ظاهراً ، فلا تنشئ حق الارتفاق غير الظاهر ، ولا تنشئ حق الارتفاق السلبي لأنه يكتسب دائماً غير ظاهر كما سبق القول (٢) .

٥٦٥ - الامتياز السكنية للتصرف القانوني : ونجب مراعاة الأوضاع

الشكلية اللازمة للتصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق . فإذا كان هذا التصرف القانوني وصية أو هبة ، وجب إفراغه في الشكل الذي يتطلبه القانون . أما إذا كان التصرف عقد معاوضة كالبيع . فلا يلزم لانهقاده شكل خاص .

وتسرى في إثبات التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق القواعد العامة المقررة في الإثبات . فإذا كانت قيمة حق الارتفاق تزيد على عشرة جنيهات ، فلا يثبت التصرف القانوني إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالإقرار أو باليمين . وإذا لم ترد قيمة حق الارتفاق على عشرة جنيهات ، وهذا نادر ، جاز إثبات التصرف القانوني بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك البيعة والقرائن .

٥٦٦ - الامتياز الموضوعية للتصرف القانوني : وتسرى القواعد

العامة أيضاً في الأحكام الموضوعية التي يخضع لها التصرف القانوني المنشئ لحق الارتفاق .

(١) بودرى وشوفو ققرة ١٠٩٤ ص ٨٢٢ - بلانيول وريبير ويكار ٢ ققرة ٩٥٠

ص ٩٢٨ .

(٢) أنظر أيضاً ققرة ٥٥٦ .

فإذا كان هذا التصرف وصية ، سرت أحكام الوصية من حيث وجوب توافر شروط الصحة في الموصى له وفي الموصى به (١) ، ومن حيث جواز رجوع الموصى عن الوصية (٢) ، ومن حيث جواز قبول الموصى له للوصية ورده إياها (٣) ، ومن حيث جواز الوصية بالثلث للوارث وغيره (٤) ، وتسرى كذلك الأحكام الموضوعية الأخرى .

وإذا كان التصرف المنشئ لحق الارتفاق عقداً ، معاوضة أو تبرعاً ، سرت الأحكام الموضوعية التي تخضع لها عقود المعاوضة أو عقود التبرع ، والمتعاقدان هما من يرتب حق العقار ومن يترتب له هذا الحق .

فمن يرتب حق الارتفاق يجب أن يكون المالك للعقار المرتفق به . ويجب أن يكون أهلاً للتصرف إذا كان عقد معاوضة ، أو أهلاً للتبرع إذا كان العقد تبرعاً . ويجوز أن يكون مالكا في الشيوع للعقار المرتفق به ، وفي هذه الحالة يجب رضا سائر الملاك في الشيوع لأنه لا يجوز ترتيب حق ارتفاق على جزء شائع في العقار ، بل يجب أن يكون حق الارتفاق مترتباً على العقار الشائع في مجموعه ، ويجب لذلك اتفاق جميع الملاك في الشيوع (٥) . ولما كان حق الارتفاق يجوز تعليقه على شرط كما سيأتي . فانه يجوز لشخص أن يرتب حق ارتفاق على عقار لم يملكه بعد ، ويعلق الحق على شرط واقف هو أن يملك هذا العقار (٦) . كذلك يجوز ترتيب حق الارتفاق على عقار ترتبت عليه حقوق عينية من قبل ، كحق ارتفاق سابق أو حق انتفاع أو حق رهن رسمي . وفي هذه الحالة لا يجوز أن يضار أصحاب الحقوق العينية السابقة بحق الارتفاق

(١) أنظر آنفاً فقرة ٧٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧٦ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٧٨ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ في آخرها - وإذا لم يرتب حق الارتفاق إلا لأحد الملاك في الشيوع ، فان مصير الحق يتوقف على نتيجة القسمة ، فان وقع العقار كله في نصيب المالك الذي رتب حق الارتفاق نفذ الحق بفضل الأثر الرجعي للقسمة ، وإلا سقط (بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥١ ص ٩٢٨) .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٥٤٩ في آخرها في الماهش - بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ .

الجديد ؛ إذا كانوا قد قاموا بشهر حقوقهم قبل شهر حق الارتفاق (١) ؛ وإذا كان مالك العقار المرتفق به لا يملك إلا رقبته ، فإن حق الارتفاق الذي يربته على العقار لا يجوز أن يضار به صاحب الانتفاع (٢) . أما صاحب الانتفاع نفسه ، فلا يملك أن يرتب حق ارتفاق لا على العقار لأنه لا يملك رقبته ، ولا على حق الانتفاع لأن حق الارتفاق إنما يترتب على الرقبة (٣) . وإذا كان مالك العقار المرتفق به يملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابلة للفسخ أو للتقضى ، وزالت هذه الملكية ، فإن حق الارتفاق يزول بزوالها . أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق به ، ولو كان حسن النية ، فإن حق الارتفاق الذي يربته على العقار لا يكون نافذاً في حق المالك الحقيقي للعقار إلا إذا أدت الحيازة إلى تملك العقار بالتقادم (٤) .

ومن يترتب له حق الارتفاق يجب أن يكون مالكا للعقار المرتفق . ويجب أن يكون أهلا للتصرف إذا كان قد تلقى حق الارتفاق بعوض ، ولا تشترط فيه أهلية التصرف بل تكفى أهلية التعاقد إذا كان قد تلقى حق الارتفاق تبرعاً . وقد يتم التعاقد باسم مالك العقار المرتفق ويكون ذلك في الوكالة والتضالة ، أو يتم لمصلحة هذا المالك ويكون ذلك في الاشتراط لمصلحة

(١) فلا يجوز أن يتعارض هذا الحق الأخير مع حق ارتفاق سابق أوسع حق انتفاع ، كما يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون باعتباره خالياً من حق الارتفاق الذي سجل بعد قيد حقه (أوبري ورود ٣ فقرة ٢٥٠ ص ١٠٢ وهامش ٨٩٧ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ - ص ٨٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥١) . وانظر فيما يتعلق بترتيب حق ارتفاق على عقار مرهون استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ الخاتمة ١٧ رقم ٤٣٨ ص ٨٦٨ .

(٢) فإذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع حق صاحب الانتفاع ، لم يجوز لمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع (أنظر آنفاً فقرة ٥٢٧ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧) .

(٣) وكل ما يملك هو أن يترتب في ذمته التزاماً شخصياً نحو مالك العقار الآخر (أنظر آنفاً فقرة ٥٠٧ في آخرها في الهامش - بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧) . وانظر عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ٩٣ ص ١١٢ وفقرة ٣٢٨ ص ٣٢٣ هامش (١) .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ - ولا يجوز من باب أولى للمستأجر أن يترتب على العقار المزجر حق ارتفاق لمصلحة عقار مجاور يملكه له (استئناف شتات ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٩) .

الغير وفي التعهد عن الغير (١) . ويجوز أن يكون مالك العقار المرتفق مالكا له في الشيوع مع شركاء آخرين ، وفي هذه الحالة لا ينفذ حق الارتفاق إلا برضاء هؤلاء الشركاء الآخرين حتى يتقرر حق الارتفاق لفائدة كل العقار الشائع ، أو إلا إذا وقع العقار الشائع عند التسمية في نصيب الشريك الذي تعاقد على حق الارتفاق (٢) . ويجوز للشخص أن يحصل على حق ارتفاق لفائدة عقار لم يملكه بعد ، ويكون حق الارتفاق في هذه الحالة معاقفاً على شرط واقف هو أن يملك الشخص هذا العقار (٣) . ويجوز من باب أولى أن يكون مالك العقار المرتفق ، الذي يحصل على حق ارتفاق لفائدة هذا العقار ، لا يملك إلا رقبة هذا العقار . أما صاحب حق الانتفاع فليست له صفة في الحصول على حق ارتفاق لفائدة العقار المنتفع به ، وكل ما يملك هو أن يحصل على حق شخصي يكون محله الأعمال المكونة لحق الارتفاق (٤) . وإذا كان مالك العقار المرتفق يملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابلة للفسخ أو للنقض ، وزالت هذه الملكية ، فإن حق الارتفاق يزول بزوالها (٥) . أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق ، ولو كان حسن النية ، فإنه لا يمكن أن يحصل على حق ارتفاق لفائدة هذا العقار إلا إذا أدت الحيازة إلى تملكه بالتقادم (٦) .

هذا وإذا كسب حق الارتفاق بالتصرف القانوني ، عقداً كان التصرف أو وصية ، فإنه يجوز تعليق حق الارتفاق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، وتسرى القواعد العامة المتعلقة بالشرط . كما يجوز أن يكون حق الارتفاق

(١) أوبري وروفرقة ٢٥٠ ص ١٠٣ - بودري وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ -

بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥١ ص ٩٢٨ .

(٢) بودري وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .

(٣) بودري وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .

(٤) بودري وشوفو فقرة ١٠٩٨ .

(٥) بودري وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .

(٦) بودري وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ - وهناك رأي يذهب إلى جواز أن يحصل

الحائز على حق ارتفاق لمصلحة للمقار الذي يحوزه ، وتطبق عندئذ أحكام الفسالة (شفيق لحان فقرة ٣٢٧ ص ٣٢٢) .

مقترناً بأجل فاسخ أو بأجل واقف ، فيترتب لمدة معينة ينتهى بانقضائها ، أو يترتب عند حلول أجل معين ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فيما هو المقصود بأن حق الارتفاق حق دائم (١) .

٥٦٧ - التفسير : ولما كان حق الارتفاق هو دائماً حق عيني عقارى ، فإن التصرف القانوني الذي ينشئ يجب دائماً تسجيله .

فإذا كان التصرف القانوني عقداً ، معاوضة كان أو تبرعاً ، فإن حق الارتفاق لا ينشأ ، لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به ، إلا بتسجيل العقد . وتسرى جميع قواعد التسجيل المقررة في هذا الشأن (٢) .

وإذا كان التصرف القانوني وصية ، وجب أيضاً تسجيلها طبقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى الذى ورد فيه ذكر الوصية بالذات . وجزاء عدم تسجيل الوصية أن حق الارتفاق لا ينشأ ، لا بالنسبة إلى الغير ، ولا فيما الورثة والموصى له بحق الارتفاق (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ - ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، حيث قضى بأحقية المدعى فى الرى والصرف من مسق ومصرف معينين استناداً إلى اتفاق غير مسجل محرر بين المدعى عليه وبين ملاك الأتليان الأصليين الذين آلت إليهم الملكية من المدعى ، قد أسس ذلك على أن الحق موضوع هذا الاتفاق، منشأ كان أو مقررأ ، إن هو إلا من توابع الأتليان ينتقل معها إلى من تؤول إليهم حليكتها ، وأن هذا الاتفاق يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير من تؤول إليهم ملكية الأتليان يترتب عليه نشوء الحق مباشرة للمشرط بلا حاجة إلى نقله بطريق الحوالة ، وذلك دون أن يبين الحكم أن المدعى عليه مالك أوغير مالك لمجرى المصرف أوالمسق ، وهل هو صاحب حق فى مياهما أولاً . فإن كان مالكاً أو صاحب حق فهل الاتفاق المذكور منشئ للحق الذى هو محله فيكون تسجيله لازماً لإنشاء الحق بين الماقددين أنفسهم : أم مقرر له فلا يلزم تسجيله ، أما إن لم يكن مالكاً ولا صاحب حق فيكون هذا الاتفاق مجرد تعهد بعدم التعرض من جانب المدعى عليه فيما ليس له حق فيه ويكون القضاء للمدعى بالحق فى الرى والصرف غير متوقف على وجوده وعلى تسجيله - فهذا الحكم يكون معلوم الأساس ، معجزاً محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب اتنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء لمول ص ١٧٠ رقم ٢٥) .

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك آنفاً فقرة ٨٦ .

المطلب الثاني

الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق

٥٦٨ - تطبيق الفرائع العامة : بعد أن طبقنا القواعد العامة على التصرف

القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق فيما يتعلق بطرفيه مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به . تنتقل الآن إلى تطبيق القواعد العامة على عمل التصرف القانوني المنشئ لحق الارتفاق ، وهذا المخل هو نفس مضمون حق الارتفاق .

ولما كان مضمون حق الارتفاق هو قيام مالك العقار المرتفق بعمل معين في العقار المرتفق به في الارتفاق الإيجابي ، أو امتناع مالك العقار المرتفق به عن القيام بعمل معين في عقاره في الارتفاق السلبي ، فهذا العمل أو هذا الامتناع عن العمل يجب أن يكون ، طبقاً للقواعد العامة . مشروطاً . أى غير مخالف للقانون أو النظام العام أو الآداب . وقل أن يوجد تطبيق عملي لحق ارتفاق غير مشروح ، وإذا وجد فإن التصرف القانوني الذي أنشأ حق الارتفاق يكون باطلاً . فيمكن أن نتصور مثلاً أن مالك العقار المرتفق به باع لمالك العقار المرتفق حق ارتفاق بالمرور في أرضه حاملاً معه أشياء مهربة (contrebande) أو مخدرات أو حشيشاً أو أسلحة غير مرخص فيها أو غير ذلك من الأشياء الممنوعة ، فيكون بيع حق الارتفاق في هذه الحالة باطلاً لمخالفة المخل للقانون وللنظام العام (١) .

والذي يقع عادة أن يكون مضمون حق الارتفاق عملاً من الأعمال التي تدخل في نطاق حق الملكية . فاما أن يقوم به مالك العقار المرتفق في العقار المرتفق به . كأن يمر في هذا العقار ، فينتقص من نطاق ملكيته . أو أن تمتنع عن القيام به مالك العقار المرتفق به ، كأن تمتنع عن البناء في أرضه . فيكون في هذا أيضاً انتقاص من نطاق ملكيته . والأعمال التي تدخل في نطاق الملكية . وبصح أن تكون مضموناً لحق الارتفاق أو محلاً له . كثيرة متنوعة (٢) . منها أعمال سبق أن جعلها المشرع ، بشروط معينة . مضموناً لتقيود القانونية

(١) بودري وشوفرفقرة ١٠٧٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٠ ص ٩١٧ .

(٢) وللأفراد أن يختاروا ما يشاءون منها ، في حدود القانون والنظام العام والآداب .

فيجعلوها مضموناً أو محلاً لحقوق ارتفاق إرادية (أنظر م ٩٨٦ مدو فرنسي) .

التي أوردتها على حق الملكية ، فيعمد الأفراد بإرادتهم ، وخارج هذه الشروط إلى جعلها مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . ومنها أعمال لا شأن لها بمضمون القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، ولكن الأفراد يختارونها ليجعلوها هي أيضاً مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . ونستعرض كلا من هاتين الطائفتين من الأعمال .

٥٦٩ - تحويل القيود القانونية الواردة على حق الملكية إلى حقوق

ارتفاق إرادية : وقد سبق أن بسطنا ، عند الكلام في حق الملكية في الجزء الثامن من الوسيط ، القيود القانونية التي ترد على حق الملكية للمصاحبة الخاصة ، وقسمناها إلى حالات ترجع إلى الرى والصرف من شرب ومجرى ومسيل . وحالات ترجع إلى التلاصق في الجوار وتعلق بوضع الحدود وحق المرور والمطلات (١) . وقررنا أن التكيف الصحيح لهذه الحالات هي أنها قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست حقوق ارتفاق حقيقية . فحق الارتفاق الحقيقي هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، في حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجاً عن التنظيم العام المألوف . بل هي ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية (٢) .

ولكن هذه القيود القانونية قد تتحول إلى حقوق ارتفاق حقيقية ، إذا هي خرجت عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية . ويكون ذلك بألا تتوافر الشروط التي يتطلبها القانون لفرض هذه القيود ، وبالرغم من ذلك يفرضها الأفراد بإرادتهم ، فيخرجون بها عن التنظيم العام المألوف الذي فرضه القانون وجعل له شروطاً لم تراعى الأفراد توافرها . ومن أجل ذلك قلنا إن هذه القيود تتحول من قيود قانونية توافرت فيها شروط التنظيم العام المألوف الذي وضعه القانون لحق الملكية ، إلى حقوق ارتفاق حقيقية تخرج على هذا التنظيم العام المألوف إذ هي لم تتوافر فيها شروطه . ونستعرض هذه القيود القانونية قيداً قيداً ، لنرى كيف تتحول على هذا النحو من قيود قانونية إلى حقوق

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٤١ - فقرة ٤٨٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٧ - وأنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ .

ارتفاع حقيقة . فلنم للماء سريعاً ، بهذا القصد ، بقيود الشرب والمجرى
والمسبل ووضع الحدود والمرور والمطل.

أما الشرب ، فحتى يكون قيداً يرد على ملكية صاحب المسقاة وليس
بحق ارتفاع ، يجب أن يكون صاحب المسقاة قد استوفى حاجته منها لرى
أرضه رياً كافياً وفاضت منها مياه بعد ذلك ، وأن تكون أرض الجار مجاورة
لأرض صاحب المسقاة ، وأن يكون الجار في حاجة إلى رى أرضه (١) .
ويمكن تحويل هذا القيد إلى حق ارتفاع إذا اختل شرط من هذه الشروط ،
واستتبع ذلك ألا يكون للجار الحق بحكم القانون في أن يأخذ ما فاض من مياه
المسقاة لرى أرضه . إذ يجوز عندئذ للجار أن يتفق مع صاحب المسقاة في أن
يكون له حق ارتفاع بالشرب من هذه المسقاة ، بمقابل أو بغير مقابل
بحسب ما يتفقان عليه . فإذا كان أرض الجار غير ملاصقة لأرض المسقاة ،
فلا يكون للجار الحق بحكم القانون أن يأخذ شيئاً من مياه المسقاة . ومع ذلك
إذا اتفق الجار مع صاحب المسقاة على أن يكون له حق ارتفاع بالشرب من
المسقاة ، كان هذا الاتفاق وهو تصرف قانوني منشأً لحق ارتفاع إرادى ،
وهو حق ارتفاع حقيقى وليس قيداً قانونياً كما يكون الأمر لو أن شرط
التلاصق فى الجوار قد توافر . وبذلك يتحول القيد القانونى بالشرب إلى حق
ارتفاع بالشرب ، مصدره التصرف القانونى (الاتفاق) لا القانون .
ويكون مضمون حق الارتفاع بالشرب هنا هو نفس مضمون القيد القانونى
بالشرب ، أو يكون أوسع أو أضيق بحسب ما يحدده الاتفاق . وكذلك الحال
لو أن المسقاة لا يفيض منها مياه بعد أن يروى صاحبها أرضه منها رياً كافياً ،
فلا يكون للجار الحق بحكم القانون أن يأخذ شيئاً من مياه المسقاة . ومع ذلك
يتفق الجار مع صاحب المسقاة على أن يكون له حق ارتفاع بالشرب من
المسقاة ، ويكون صاحب المسقاة فى هذا الفرض قد اكتفى برى أرضه رياً
جزئياً أو حضر بشر إرتوازياً ليستكمل ريه أو اتخذ غير ذلك من التدابير حتى
ينمكن أن يرتب حق ارتفاع بالشرب على مسقاته لمصلحة جاره .

وأما المجرى والمسيل ، فعلى يكونا قبيدين على ملكية مالك الأرض وليس بحق ارتفاق ، يجب أن يكون الجار الذى يملئها من مالك الأرض فى حاجة إلى رى أرضه عن طريق المجرى أو إلى صرف مياهه عن طريق الصرف (١) . ويمكن تحويل هذين القبيدين إلى حق ارتفاق إذا اختلف هذا الشرط . واستتبع ذلك ألا يكون للجوار بحكم القانون أن يحصل فى أرض جاره على مجرى أو مصرف . فإذا كان الجار لديه وسيلة أخرى للرى كأن كان يستطيع رى أرضه رياً كافياً عن طريق آبار إرتوازية ، أو كانت لديه وسيلة أخرى للصرف كأن كان يستطيع أن يصرف المياه من طريق آخر ولو كان بعيداً . لم يعد له عند ذلك أن يطلب حق المجرى أو حق المسيل فى أرض جاره ، ولكنه يستطيع مع ذلك أن يتفق مع مالك الأرض ، بمقابل أو بغير مقابل ، على أن يكون له فى الأرض حق ارتفاق بالمجرى أو حق ارتفاق بالمسيل . وبذلك يتحول القيد القانونى بالمجرى إلى حق ارتفاق بالمجرى ، والقيد القانونى بالمسيل إلى حق ارتفاق بالمسيل . ومصدر كل من هذين الحقين الاتفاق لا القانون .

وأما وضع الحدود فهو قيد على حق الملكية . إذ أن كل مالك من المالكين المتلاصقين يجبر على المساهمة فى وضع الحدود . فتتبد بذلك حريته فى ملكه بعد أن كان حراً فى تحديد هذا الملك أو عدم تحديده (٢) . وكل ما يستطيع المالك أن يطالب به جاره الملاصق بموجب هذا القيد القانونى ، هو أن يشاركه فى إقامة حدود ثابتة بين أرضيهما . فإذا زاد على ذلك ، وطلب من جاره مثلاً تحويط أرضه بسلك أو بسور أو بسياج أو بنحو ذلك ، لم يجبر الجار على هذا التحويط (م ١/٨١٨ مدنى) (٣) . ومع ذلك إذا اتفق الجاران على أن يكون لكل منهما حق ارتفاق على أرض الآخر ، بأن يشتركا فى تحويط أرضيهما دون الاقتصار على وضع حدود ثابتة بينهما ، فإمنا بذلك فضول الناس وعبث العابثين وسطو اللصوص . كان هذا الاتفاق منشأً لحق ارتفاق

(١) الوسيط : فقرة ١٥٢ .

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٥٦ - فقرة ٥٦٣ .

(٣) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٦٤ ، وفترة ٦٠٩ - فقرة ٦١٠ .

إرادى . وبذلك يتحول القيد القانونى بوضع الحدود إلى حق ارتفاق بالتحويط ويكون مصدر حق الارتفاق بالتحويط هو الاتفاق لا القانون . ومضمونه تحويط الملكين لا الاقتصار على وضع الحدود فيما بينهما .

وأما المرور ، فتحق يكون قيدا قانونيا على أرض الجار ، يجب أن تكون أرض المالك المجاور محبوسة عن الطريق العام ، ولا منفذ لها إلا بالمرور من أرض الجار (١) . فاذا فرض أن المالك المجاور قد حصل على حق المرور من أرض الجار ، ثم انفك حبس أرضه ، بأن استحدث مثلا طريق عام بجوارها أو كسب المالك ملكية أرض مجاورة لها منفذ إلى الطريق العام فانفك بهذا المنفذ حبس أرضه الأولى ، فان حق المرور يفقد السبب فى بقاءه ومن ثم يزول . ذلك أن هذا الحق ليس بحق ارتفاق ، بل هو قيد على ملكية الأرض المجاورة . وهذا القيد منوط بانحباس الأرض التى يمارس صاحبها حق المرور ، فاذا انفك الحبس لم يعد للقيد مبرر ، وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه . فاذا طالب هذا الأخير بانهاء حق المرور كان له ذلك ، بعد أن أصبح للأرض التى كانت محبوسة ممر آخر يؤدى إلى الطريق العام . وإذا رضى ببقاء حق المرور متفقا على ذلك مع المالك المجاور ، وكان له ذلك أيضاً ، ولكن حق المرور فى هذه الحالة ينقلب من قيد قانونى مصدره القانون إلى حق ارتفاق حقيقى مصدره الاتفاق (٢) . كذلك ينقلب القيد القانونى إلى حق ارتفاق حقيقى إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد اتفق مع الجار على أن يمر فى موضع من الأرض المجاورة ليس هو الأخف ضرراً ، أو كان هو الطريق الأطول دون مبرر ، أو كانت الأرض غير محبوسة ولكن صاحبها اتفق مع الجار على المرور فى أرضه لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر .

وأما المطل ، فانه إذا كان مطلا مواجهها وجب ألا يفتح على مسافة تقل عن متر من حدود ملك الجار ، وإذا كان مطلا منحرفا قلت المسافة فأصبحت نصف متر بدلا من متر (٣) . فاذا استوفى المطل حدود هذه المسافة ، لم

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٦٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٧ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٤٧٥ .

يعتبر ، مواجهها كان أو متحرراً ، حق ارتفاق على العقار المجاور ، بل هو قيد من قيود الملكية لمصلحة العقار المجاور . وينقلب هذا القيد إلى حق ارتفاق ، إذا اتفق صاحب المثل مع صاحب العقار المجاور على فتح المثل على مسافة أقل من المسافة القانونية : فيفتح المثل مواجهه على مسافة أقل من متر . أو المثل المنحرف على مسافة أقل من نصف متر . وفي هذه الحالة يتم الانقلاب من وجهين : يتحول القيد القانوني ومصدره القانون إلى حق ارتفاق حقيقي ومصدره الاتفاق ، ثم إن القيد القانوني الذي كان مقرراً لمصلحة العقار المجاور ينقلب إلى حق ارتفاق على هذا العقار لا لمصلحته . وإذا تم لصاحب المثل كسب حق الارتفاق بالمثل على هذا الوجه ، فليس لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً في ملكه إلا بعد أن يتعد عن المثل المفتوح بمسافة متر أو نصف متر بحسب ما يكون المثل مواجهاً أو منحرفاً ، وذلك حتى يسلم للمثل مسافته القانونية . فإذا التزم صاحب العقار المجاور ترك المسافة القانونية من حد المثل وأقام بناء ، فليس لصاحب المثل أن يطالب بهدم البناء ، لأنه لم يكسب إلا حق ارتفاق بالمثل وقد سلم له مطله بمسافته القانونية ، دون أن يكسب حق ارتفاق بعدم البناء ، وإذا أقام صاحب العقار المجاور حائطاً في ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فإنه يجوز له أن يفتح في هذا الحائط مطلاً بشرط أن يراعى هو أيضاً المسافة القانونية . فإذا كان المثل الأول مفتوحاً في حائط مقام على الخط الفاصل ، كان لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً يبعد عن المثل أي عن الخط الفاصل بمسافة متر ، وله في هذه الحالة أن يفتح مطلاً مواجهاً في حائطه لأن هذا المثل يكون في هذه الحالة مفتوحاً في حدود المسافة القانونية فهو يبعد عن الخط الفاصل بمسافة متر (١) .

٥٧٠ - اعتبار أعمال أخرى غير دافعة في القيود القانونية الواردة

على من الملكية كحق ارتفاق إرادي : وفيما قدمناه (٢) بيان بأن الأعمال التي تصح أن تكون مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . استعبرت من

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٦٩ .

مضمون القيود القانونية الواردة على حق الملكية بعد أن حولنا هذه القيود القانونية إلى حقوق ارتفاق إرادية على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم . ولكن حقوق الارتفاق الإرادية لا تنقيد ، كما تنقيد القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، بمضمون معين . بل إن الإرادة حرة تختار ما تشاء من الأعمال مضموناً لحقوق الارتفاق الإرادية . في حدود القانون والنظام العام والآداب . ولذلك جاز للأفراد أن يتفقوا على حقوق ارتفاق يكون مضمونها أعمالاً غير الأعمال التي سردناها فيما تقدم . ونذكر على سبيل المثال : لا على سبيل الحصر ، بعض حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها عن طريق التصرف القانوني ، فننشئها الإرادة ، عقداً كانت أو وصية .

فهناك حقوق ارتفاق إيجابية . ومن أمثلتها حق الارتفاق باعتراف المياه (*puisage*) ، وحق الارتفاق برعي المواشي (*pacage*) ، وحق الارتفاق باستخراج الأحجار والمعادن والمواد الأخرى (*extraction de matériaux*) . وحق الارتفاق بمسيل مياه المطر والمياه المنزلية (*égout des eaux pluviales et des eaux ménagères*) . وحق الارتفاق بالقاء القمامة (*jeter des immondices*) . وحق الارتفاق بالاحتطاب (*prendre des bois nécessaires*) (*au chauffage*) ، وحق الارتفاق بوضع عوارض من الخشب على الحائط الفاصل (*placer des poutres et des solives dans le mur du voisin*) ، وحق الارتفاق باختراق عقار الجار لإصلاح منزل أو حائط ملاصق (*tour d'échelle*) وغير ذلك من حقوق الارتفاق (١) .

وهناك حقوق ارتفاق سلبية . ومن أمثلتها حق الارتفاق بعدم البناء (*aedificandi*) . وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء لأزيد من ارتفاع معين (*non altius tollendi*) ، وحق الارتفاق بعدم البناء في أزيد من

(١) ومن ذلك تحميل منزل الشك أو جداره على منزل الجار أو جداره : *servitude d'appui* . وحق شفة *alouage* . وحق في توصيل حيوانات عقار . *ouster et paturage* أو غدير أو مستنقع ملوك لآخر لتشرب منها ويشتمل هذا حق المرعى *parage et paturage* أنظر في ذلك محمد كمال مرسى ٢ فقرة ٤٦٣ وفترة ٤٦٧ وفترة ٤٦٨ .

مساحة رقعة معينة (م ١٠١٨ مدني) . وحق الارتفاق بالرؤية (prospect)
 وحق الارتفاق بعدم الحفر للكشف عن المياه الجوفية (non fodendi) ،
 وحق الارتفاق بعدم مسئولية مستغل المنجم (concessionnaire d'une mine) عن
 الأضرار التي تنجم عن استغلاله وتصيب سطح الأرض .

وهذا كله إلى جانب حقوق الارتفاق المنتزعة من القيود القانونية الواردة على حق الملكية بعد أن تحولت هذه القيود إلى حقوق ارتفاق حقيقية :
 حق الارتفاق بالشرب ، وحق الارتفاق بالمجرى ، وحق الارتفاق بالمسيل ،
 وحق الارتفاق بوضع الحدود ، وحق الارتفاق بالمرور ، وحق الارتفاق بالمطل (١) .

٥٧١ - قيدانه أساليباً بمعداته من قفرة التصرف القانوني في إنشاء

هو الارتفاق : ومهما يكن من تنوع حقوق الارتفاق الإرادية ، فإن هناك حدوداً يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق . فإلى جانب القيد الرئيسي العام ، وهو ما أسلفناه من وجوب أن يكون مضمون حق الارتفاق الإرادي مشروعاً أي غير مخالف للقانون ولا النظام العام ولا الآداب ، هناك قيدان أساسيان آخران خاصان بحق الارتفاق نجب إضافتهما إلى هذا القيد الرئيسي العام . وهذان القيدان يمكن استخلاصهما من نفس تعريف حق الارتفاق كما ورد في المادة ١٠١٥ مدني ، فقد رأينا (٢) هذا النص ينص : « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار غير مملوكة بشخص آخر » . فهناك إذن قيدان أساسيان يتقيد بهما حق الارتفاق بوجه عام ، أيا كان سبب كسب هذا الحق ، وسواء كان هذا السبب هو التصرف القانوني أو تخصيص المالك الأصلي أو التقادم . وهذان القيدان هما : (أولاً) يجب أن يكون حق الارتفاق بحيث يحد من منفعة عقار . فيجب إذن أن يتقرر هذا الحق على عقار . لا أن يفرض على شخص . (ثانياً) يجب أن يتقرر حق الارتفاق لفائدة عقار غير العقار الأول مملوكة بشخص آخر : فيجب إذن

(١) أنظر بيده مثنوي بحقيق الارتداد المصنوعة في بالابلون وديسير وبيكار ٣ فقرة

٩٤٠ ص ٩١٧ هامش ١ .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٥٤٩.

أن يتقرر هذا الحق لفائدة عقار . لا لفائدة شخص^(١)
 فحق الارتفاق إذن يترتب على عقار لا على شخص ، وينشأ لفائدة
 عقار لا لفائدة شخص . هذان هما القيدان الأساسيان اللذان نتولى الآن بحثهما ،
 وقد وردا صراحة في المادة ٦٨٦ من التقنين المدني الفرنسي ، إذ تقول عن
 التكاليف التي يقررها حق الارتفاق أنها « يجب ألا تكون مفروضة على
 شخص ولا لمصلحة شخص ، بل يجب أن تفرض على عقار ولمصلحة عقار »^(٢).

٥٧٢ - القيد الأول - من الارتفاق يتقرر على عقار لا على شخص -

نص قانوني : فلا يجوز أن يكون مضمون حق الارتفاق التزاماً شخصياً
 يترتب في ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق . بل يجب
 أن يكون هذا المضمون تكليفاً عينياً يترتب على العقار المرتفق به . ولا يترتب
 في ذمة مالكة . ذلك بأن حق الارتفاق إنما هو حق عيني متفرع عن حق
 الملكية . فيجب أن يكون جزءاً من حق الملكية يجعل للمالك العقار المرتفق أن
 يباشر بعض سلطات الملكية على العقار المرتفق به . فحق الارتفاق ، كحق
 الملكية وكل حق عيني آخر : سلطة مباشرة يستعملها صاحب هذا الحق على

(١) وقد كانت حقوق الارتفاق ، في العهد الإقطاعي في فرنسا ، لا تقتصر على أن تكون
 حقوقاً عينية تفرض على عقار لمصلحة عقار آخر . بل كانت تجاوز العقار إلى الشخص ،
 فتفرض التزامات شخصية في ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق ، وكانت
 بذلك تجعل ملاك العقارات المرتفق بها طبقة اجتماعية تخضع لسيادة طبقة اجتماعية أخرى هي
 طائفة ملاك العقارات المرتفقة . وقد هدمت الثورة الفرنسية كل هذه الفروق الطبقية وبحت
 مكان عهد الإقطاع قد حلت من سيطرة أرض على أرض . وهي سيادة تظن سيادة صفة عن
 صفة . وانسحب من سنين اثنين الفرنسي ما دامت به الثورة الفرنسية في هذا السبيل ، فأضاف
 إلى كلمة *servitudes* التي كان عهد الإقطاع يقتصر عليها رمزاً لخضوع أرض لسيادة أرض
 أخرى ، عبارة *services fonciers* حتى يمحو هذا الرمز ، ونص صراحة في المادة ٦٣٨ منه
 على أن « حق الارتفاق لا يتضمن البتة استعلاء *prééminence* عقار على عقار آخر » (أنظر
 بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٩٤٠).

وقد بلغ الأمر ، في عهد الإقطاع ، في جعل الارتفاق يتضمن خدمات شخصية ، إلى حد
 جعل هذا الحق يفرض على صاحب العقار المرتفق به أن يقلب مياه مستنقع حتى يمنع الضفادع
 من إقلاق نوم السيد المجاور (أنظر بودري وشوفو فقرة ١٠٧٧ ص ٨١١) .

(٢) وهذه عبارة المادة ٦٨٦ مدني فرنسي الأصلية *"pourvu néanmoins que les services fonciers établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds..."*

وانظر المادة ١/٩٨٧ مدني سوري ، والمادة ١/٨٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

العقار المرتفق به ذاته دون وساطة مالك هذا العقار ، فلا يترتب في ذمة هذا المالك أى التزام شخصى نحو صاحب حق الارتفاق (١) . وإذا التزم مالك العقار المرتفق به نحو مالك العقار المرتفق بالتزام شخصى ، فائماً يكون ذلك لا بموجب حق الارتفاق ، بل يكون أجنبياً عن هذا الحق ، وبناء على مصدر من مصادر الالتزام . ولا يلتزم مالك العقار المرتفق به في هذه الحالة باعتباره مالكا لهذا العقار ، بل بصفته الشخصية . ولا ينتقل التزامه إلى من يخلفه في ملكية العقار المرتفق به ، بل ينتقل مع تركته إلى ورثته الشخصيين (٢) . ولا يجوز أن يكون هذا الالتزام الشخصى مؤبداً . فإن الالتزامات الشخصية لا تتأبد ، وهذا دليل آخر على ألا علاقة لهذا الالتزام بحق الارتفاق فإن حق الارتفاق يصح أن يكون مؤبداً (٣) .

وعلى ذلك لا يجوز أن يكون مضمون حق الارتفاق هو التزام مالك العقار المرتفق به التزاماً شخصياً بخدمة العقار المرتفق ، على أساس أن هذا الالتزام الشخصى ينتقل إلى كل مالك للعقار المرتفق به . فلا يجوز مثلاً أن يكون هذا المضمون التزام مالك الأرض المرتفق بها بحرق الأرض المرتفعة ، أو بتسميدها ، أو بحرق محصولاتها ، أو بتسويق هذه المحصولات ، أو بتقبة الدودة والآفات الزراعية الأخرى ، أو نحو ذلك من الالتزامات الشخصية التى وإن أفادت الأرض المرتفعة ، إلا أنها التزامات تترتب في ذمة شخص ، لا تكاليف تنقرر على عقار (٤) .

(١) فصاحب حق الارتفاق بالمرور مثلاً يباشر هذا الحق من أرض الجار مباشرة ، ويمر فيها دون أن يلتزم الجار نحوه بأى التزام شخصى *servitus non in faciendo consistit* . فلا يطلب من الجار أن يعينه على حق المرور ، أو أن يقوم بأى عمل لتسكينه من ذلك ، وكل ما يطلب من الجار هو ألا يضع أمامه عائقاً يحول بينه وبين المرور . ذلك بأن الجار يجب عليه احترام حق الارتفاق العيني ، شأنه في ذلك شأن أى شخص آخر ، إذ يجب على الناس كافة احترام الحقوق العينية عندما يستعملها أصحابها . انظر أيضاً بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ .

(٢) فلو انتقلت ملكية العقار إلى شخص آخر ، فإن الالتزام لا ينتقل معه إلا في الحدود التى قررها القانون لانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وفي خارج هذه الحدود يبقى الالتزام في ذمة الشخصية ولا ينتقل مع العقار ، ويبقى بعد موته في تركته كما سبق القول .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ من ٩١٩ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٩٤١ من ٩١٨ .

والذي يجوز هو أن يلتزم صاحب العقار المرتفق به بالقيام بعمل ثانوي لا يكون هو أصل مضمون الارتفاق ، بل يكون عملاً إضافياً (*accessoire*) تابعاً له ويقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٠٢١ مدني إذ تقول : « لا يلتزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق ، إلا أن يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ، ما لم يشترط غير ذلك » (١) . فيجوز أن

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا يجوز أن يلزم مالك العقار المرتفق أن يقوم بأي عمل ، إلا أن عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف » . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة « لا يلزم » بعبارة « ولا يجوز أن يلزم » ، وأضيفت عبارة « ما لم يشترط غير ذلك » وأصبح النص رقمه ١١٠٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « لمصلحة العقار المرتفق » بعد عبارة « لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٦ - ص ٦٣٨) .

ويلاحظ في شأن هذا النص ما يأتى : (١) أضافت لجنة المراجعة إليه عبارة « ما لم يشترط غير ذلك » دون أن تذكر سبب هذه الإضافة . وليس للإضافة معنى ، فإن المفروض أن العمل الإضافي الذي يلزم به مالك العقار المرتفق به إنما يلزم به بموجب شرط خاص ، لا أن يلزم به بموجب القانون « ما لم يشترط غير ذلك » . (٢) فصلت لجنة المراجعة النص من مكانه حيث كان فقرة ثانية للمادة ١٢٨٦ من المشروع التمهيدى وهو المكان المناسب ، إلى مكان أقل مناسبة ، دون أن تذكر السبب في ذلك . وهذا والنص مأخوذ من المادة ١٨٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، ولم ترد فيها عبارة « ما لم يشترط غير ذلك » (مشروع تنقيح القانون المدني - المذكرة الإيضاحية جزء ٤ ص ١٣١) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن هذا النص : « أما صاحب العقار المرتفق به فلا يلتزم شخصياً بشيء ، إلا أن يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف ، كإصلاح حق المرور ، وله عمل كل حال أن يتخلص من هذا الالتزام بتخليه عن ملكية الجزء المرتفق به (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٤) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لامقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لامقابل .

يلتزم مالك العقار المرتفق به بأن يتعهد بصيانة الطريق الذي يستعمل فيه حق الارتفاق بالمرور ، أو بتطهير المصرف الذي يستعمل فيه حق الارتفاق بالمسيل ، أو بصيانة المروى أو ممر المياه الذي يستعمل فيه حق الارتفاق بالشرب أو حق الارتفاق بالمجرى ، أو بكسر الأحجار أو المواد الأخرى في المكان الذي يستعمل فيه حق الارتفاق باستخراج الأججار وغيرها من المواد ، أو باعداد التيار الكهربائي في المكان الذي يستعمل فيه حق الارتفاق باستمداد الكهرباء (١) . وينتقل هذا الالتزام من ذمة مالك العقار المرتفق به إلى ذمة كل من يخلفه على ملكية هذا العقار (٢) . ويلاحظ في شأن هذا الالتزام أمور ثلاثة : (١) أنه التزام يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف . (٢) وأن محله ليس هو المضمون الأصلي للارتفاق : بل هو عمل إضافي تابع لهذا المضمون الأصلي . (٣) وأنه التزام عيني يجوز للمالك العقار المرتفق به أن يتخلص منه بالتخلي (abandon) عن هذا العقار (٣) .

٥٧٣ - الفهرست الثاني - من الارتفاق ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص :

وكما يجب أن يترتب حق الارتفاق على عقار لا على شخص . كذلك يجب أن ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص . والمقصود بإنشاء حق الارتفاق لفائدة عقار أن يكون هناك ارتباط وثيق بين مضمون الارتفاق وبين الأغراض التي أعد لها العقار ، بحيث يكون من شأن حق الارتفاق أن يزيد في فائدة العقار أو في تجميله ، فتكون هناك علاقة طبيعية rapport de nature بين حق الارتفاق وبين العقار . فإذا لم يوجد هذا الاتصال الوثيق ، بل كان التكاليف المقرر على العقار المرتفق به إنما قصد به تقديم فائدة شخصية للمالك العقار المرتفق لاصلة لها بهذا العقار الأخير . لم يجوز

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ - مازو فقرة ١٧٢٢ .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ من ١٢٦ - بودري وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ من ٩٢٠ ..

(٣) أنظر ماورد في الالتزام العيني في شأن هذا الالتزام : الوسيط ٨ فقرة ١٠٠

وأنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ من ٩٢٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٧٤

أن يكون هذا التكليف حق ارتفاق (١) . فإذا كان للمالك العقار الحق في التنزه في حديقة جاره وفي قطف الثمار والزهور منها ، فهذا الحق لا صلة له بعقار المالك ، وقد تقرر لفائدة شخص المالك دون عقاره ، بل قد تقرر لفائدته الشخصية حتى لو لم يكن مالكا لأى عقار ، فالحق حق انتفاع أو حق استعمال وليس بحق ارتفاق (٢) . أما إذا كان للمالك العقار الحق في أخذ سباح وأتربة من أرض جاره لتسميد أرضه ولتسويتها ، فإن هذا الحق متصل اتصالاً وثيقاً بعقار المالك وقد تقرر لفائدة هذا العقار دون شخص المالك ، فهو إذن حق ارتفاق لاحق انتفاع .

وقس على ذلك ما إذا تقرر الحق للمالك في استعمال الملاعب الرياضية المنشأة في أرض جاره ، أو في الاستحمام في بركة السباحة المنشأة في حديقة الحار ، فإن هذا الحق لا صلة له بأرض المالك وقد تقرر لفائدة المالك شخصياً ، فهو إذن حق استعمال لاحق ارتفاق . أما إذا تقرر حق للمالك منزل في أن يحطب في أرض جاره ليجلب منها الأخشاب اللازمة لتدفئة المنزل ، أو في أن يغترف من أرض جاره المياه اللازمة للحاجات المنزلية من شرب وغسيل ونحو ذلك ، أو في أن يستمد من أرض جاره الكهرباء اللازمة لإنارة المنزل ، فهذه التكاليف كلها لها صلة وثيقة بالمنزل وقد تقرر لفائدة المنزل ذاته بقطع النظر عن يسكنه ، فهي إذن حقوق ارتفاق (٣) .

٥٧٤ - تطبيقات مختلفة - مارات يعتبر فيها الحق منشأ لفائدة عقار

وأمرى يعتبر فيها منشأ لفائدة شخصي : ومن الحالات التي يعتبر فيها الحق منشأ لفائدة عقار ، ومن ثم يكون هناك حق ارتفاق ، أن يقسم المالك أرضه لبيعها قطعاً بعد أن ينشئ بينها شوارع وميادين يتعهد بإنارتها وصيانتها

(١) وكان الرومان يميزون حق الارتفاق عن حق الانتفاع على هذا الأساس . فإذا كان التكليف قد تقرر للمالك العقار المرتفق بصفته مالكا لهذا العقار ، وكان متصلاً اتصالاً وثيقاً بالعقار ويزيد في فائدته ، فالحق حق ارتفاق . أما إذا كان التكليف قد تقرر للمالك العقار المرتفق لاصفة مالكا لهذا العقار بل بصفته الشخصية ، وكان يفيد شخص المالك دون اعتبار لأله يملك العقار إذ لا صلة بين العقار والتكليف فالحق حق انتفاع . أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٤ .

(٢) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٤ ص ٨٠٦ .

(٣) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٥ .

وكفئتها . ويدرج في قائمة الشروط أن يكون للمشتريين هذه القطع الحق في استعمال هذه الشوارع والميادين للمرور على أن يدفع كل منهم مبالغاً متوفاً يناسب مع اتساع قطعه ونمطها . ففي هذه الحالة يكون لمشتري القطعة حق ارتفاع بالمرور في الشوارع والميادين ، وعليه أن يدفع المبلغ الذي يخصه في نظير صيانة هذه الشوارع والميادين وإدارتها وكفئتها (١) . وكذلك إذا تعهد البائع في عقد بيع قطعة الأرض بألا يبيع القطع الأخرى لمصانع أو لمن يتجرون في سلع معينة حتى يتيسر بذلك إنشاء حي « بورجوازي » للسكنى . ففي هذه الحالة يكون للمالك كل قطعة حق ارتفاع على القطع الأخرى - بألا تستعمل هذه القطع لإقامة مصانع أو للإتجار في هذه السلع (٢) . وإذا تعهد مالك منزل مجاور لمكان معد للعبادة بألا يقيم حفلات راقصة في منزله . أمكن اعتبار أن هناك حق ارتفاع لفائدة المكان المعد للعبادة على المنزل المجاور (٣) . وإذا اتفق مستغل المنجم مع من يشتري منه السطح على ألا يكون الأول مسئولاً عن الأضرار التي تصيب السطح من جراء استغلال المنجم ، جاز أن يكون هذا الاتفاق منشئاً لحق ارتفاع على السطح لفائدة المنجم (٤) .

وإذا أقيم مصنع في أرض أعدت خصيصاً للمصنع بحيث لا يمكن فصل المصنع عن الأرض ، أو كان المصنع قد أقيم على الأرض لاستغلال مافي جوفها من مواد ومعادن ، فإن المصنع والأرض يصبحان عقاراً غير قابل لتجزئة ، وما يشترط لفائدة المصنع يعتبر مشروطاً لفائدة الأرض . ومن

(١) نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ١ - ٧٢٤ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٨٣٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت دي باليه ١٩٣٣ - ٢ - ٤٢ - باريس ٦ يونيو سنة ١٩٣٠ جازيت دي تربينو ١٩٣٠ - ٢ - ١٩١ - وقارن نقض فرنسي ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٤١٩ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٨ - ١ - ٦٥ .

(٣) رويه ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ رويه ١٩٠٤ - ٢ - ١٣٠ .

(٤) نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٢٤١ - رويه

١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ١ - ٤١١ - بلانيول وريبير وبكار ٢

فقرة ٤٤٢ ، وفقرة ٩٤٥ ص ٩٢٣ .

ثم يعتبر حق ارتفاق مقرر لمصلحة الأرض ماعسى أن يحصل عليه المصنع من مالك أرض مجاورة من تعهد بامداد المصنع بمواد مستخرجة من هذه الأرض المجاورة ، كأثرية تمد مصنعاً للطوب أو للفخار أو للصيني ، أو فحم يمد مصنعاً للزجاج ، أو تيار كهربائي يستمده المصنع من مسقط للمياه مجاور له (١) . ولكن لا يعتبر حق ارتفاق أن يشترط صاحب المصنع ، وهو يبيع عقاراً مجاوراً لمصنعه ، على مشتري هذا العقار ألا يقيم به مصنعاً مماثلاً لمصنعه ومزاحماً إياه ، فان شرط عدم المزاحمة إنما تقرر لمصلحة المصنع الاستغلالية لفائدة الأرض التي أقيم عليها المصنع (٢) .

ولا يعتبر حق ارتفاق أن يتفق مالك منزل مع مالك أرض على أن يكون للمالك المنزل حق الصيد أو القنص في الأرض . فان هذا الحق قد تقرر لمالك المنزل شخصياً ولا صلة له بالمنزل . ومثل مالك المنزل في الحصول على حق الصيد والقنص في أرض الغير مثل المالك الذي يحصل على حق استعمال الملاعب الرياضية أو بركة السباحة الموجودة في أرض الغير ، أو على حق التنزه أو قطف الثمار والزهور في حديقة الغير . فكل هؤلاء لا يتقرر لعقاراتهم حق ارتفاق ، وإنما يتقرر لهم شخصياً حق انتفاع أو حق استعمال ، وقد يقتصر الانتفاع أو الاستعمال على مجرد حق شخصي (créance) يحصلون عليه عن طريق الإيجار ، وكان يمكن لأى منهم أن يحصل على حق الصيد والقنص دون أن يكون مالكا لأى عقار (٣) .

ونرى مما تقدم أن تكليفاً مقررأ على عقار قد يكون حق ارتفاق ، إذا كان هذا التكليف قد تقرر لفائدة عقار آخر لا لفائدة شخصية تعود على مالك هذا العقار . وقد يكون التكليف حق انتفاع ، إذا كان قد تقرر لفائدة الشخص لا لفائدة العقار ، بعقد منشئ للحقوق العينية . وقد يكون التكليف مجرد حق شخصي (créance) ، إذا كان قد تقرر لفائدة

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٤ .

(٢) أنظر في شرط عدم المزاحمة بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٦ ص ٨٠٩ - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٦ .

(٣) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٤ ص ٨٠٧ - مارتى ودينو فقرة ١٤٠ ص ١٦٠

وقارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٨ .

الشخص لا لفائدة العقار . بعدد لا ينشئ ، إلا حقراً شخصية كمقد الإيجار . فإذا كان التكليف حق ارتفاع . فإن صاحب هذا الحق يجب أن يكون مالكا لعقار هو العقار المرتفق ، ويصح أن يكون الحق أبدياً ، وينتقل إلى كل من يملك العقار المرتفق سواء كان خلفاً عاماً أو كان خلفاً خاصاً . وإذا كان التكليف حق انتفاع . فلا يشترط أن يكون صاحب الحق مالكا لعقار ، ولا يكون الحق أبدياً بل يجب أن ينتهي حتماً بموت صاحبه ، ولا ينتقل إلا إلى خلف خاص . وإذا كان التكليف حقاً شخصياً : فإنه يشترك مع حق الانتفاع في أنه لا يشترط أن يكون صاحب الحق مالكا لعقار ، ولا يكون الحق أبدياً ، ولكنه يختلف عنه في أنه لا ينتهي حتماً بموت صاحبه بل يبقى في التركة . ويختلف الحق الشخصي عن كل من حق الارتفاع وحق الانتفاع في أن المدين بالحق الشخصي قد يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بعمل إيجابي ، أما مالك العقار المرتفق به أو مالك الرقبة فلا يجوز أن يلتزم التزاماً أصلياً بعمل إيجابي (١) .

٥٧٥ - تطبيق خاص لنسأ لفائدة عقار - قيود البناء - نص

قانوني : تنص المادة ١٠١٨ مدني على ما يأتي :

١ - إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كان يمنع من تجاوز حدمعين في الارتفاع بالبناء أوف مساحة رقعته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاع على هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره .

٢ - وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً . ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك (٢) .

(١) أنظر في ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٩ . وأنظر برودي وشوفو

فقرة ١٠٧٦ ص ٨١٠ .

(٢) تاريخ النص . ورد هذا النص في المادة ١٢٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه

التالي : « إذا فرضت قيود معينة من حق مالك العقار في أن يبنى كيف شاء ، كان يمنع من تجاوز حدمعين في أن يرتفع بالبناء أو أن يمد فيه ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاع على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة : هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره . وكل ضرر =

وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً في القضاء في عهد التقنين المدني السابق في تكييف الطبيعة القانونية لقيود البناء ، وهي قيود ألفت الحكومة وشركات الأراضي ، عندما تجزى هذه وتلك أراضيها إلى قطع لتبيعها للجمهور ، أن تدرجها ضمن شروط البيع . وتقصد بها أن تنشئ أحياء سكنية على قدر من التنسيق والنظام ومراعاة الشروط الصحية ، بحيث يكون السكن فيها مرغوباً فيه . وهذا دون شك قصد محمود ، يحقق مصلحة الجميع . يحقق مصلحة بائع هذه الأراضي ، إذ أن هذه الشروط يكون من شأنها تصقيع الأراضي وارتفاع ثمنها . ويحقق مصلحة المشترين ، إذ يستطيع كل مشتر أن يطمئن إلى أن غيره من المشترين سيتقيد بما يتقيد به هو عندما يبنى أرضه ، فينشأ بسبب ذلك حي صحي متنسق يرتاح الإقامة فيه . ويحقق المصلحة العامة ، إذ أن إنشاء هذه الأحياء السكنية الصحية المنسقة على هذا

ينشأ من مخالفة هذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحه عيناً ، إلا إذا تبين أن الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية . ووافقت لجنة المراجعة على النص بفقرته تحت رقم ١١٠٢ في المشروع النهائي ، بعد تعديل الفقرة الأولى على الوجه الآتي : «إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٩٩ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت في الفقرة الأولى بكلمة «المجاورة» عبارة «التي فرضت لمصلحتها هذه القيود» ، حتى لا يقتصر الأمر على مجرد الحوار وإنما يتناول العقارات التي تقع في الحي الذي فرضت هذه القيود لمصلحته من حيث التنسيق أو الأوضاع الصحية وما إليها . أما الفقرة الثانية فقد عدلت على الوجه الآتي لإظهار الغرض منها : «وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» . وقد أصبح النص ، بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١٠١٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٠ - ص ٦٣٣) .

ولا مقابل هذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقيينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٤ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

الوجه من شأنه تجميل المدينة التي يوجد فيها هذه الأحياء . وتوفير المساكن الصالحة لعدد كبير من السكان (١) . ومن أمثلة هذه الشروط ما ألفت الحكومة إدراجه في عقود بيعها لأراضيها في أحياء معينة كالأزمالك والجزيرة ومنشية البكرى . وكذلك بعض شركات الأراضي كشركة أراضي الجزيرة وشركة المعادي . فيلتزم المشتري بموجب هذه الشروط ألا يبنى على الأرض التي يشتريها سوى منزل واحد مخصص للسكنى . وألا يتجاوز في الارتفاع بالمبنى خمسة عشر متراً . وأن يبعد بانياء عن حافة الشارع مترين على الأقل ، وعن أى حد من الحدود الفاصلة بينه وبين القطع المجاورة ثلاثة أمتار على الأقل ، وألا يشغل بمسطح البناء الذي يقام على الأرض أكثر من نصف مساحتها ، وأن يراعى شروطاً صحية معينة في بناء المطابخ ومخلات الغسيل والمراحيض والمواسير المتصلة بها . وتنتهى قائمة هذه الشروط عادة بشرط يخرى على النحو الآتى : «الشروط الموضحة قبل ضرورية وجوهرية للبيع . وللحكومة الحق في أى وقت كان في إجبار المشتري أو من يقوم مقامه باتباع تلك الشروط بوجه الدقة . وإلا وجب هدم ما بناه في الحال بمصاريف على طارقه » (٢) .

(١) وقد يقال إن النقد الذي يعنوى على هذه القيود والاشتراطات يعتبر من عقود الإذعان . وإذا صح التسليم بأنه فعلاً من عقود الإذعان ، فإن مؤدى ذلك أنه يجوز للقاضي تعديل الشروط التصفية أو إعفاء الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة (م ١٤٩ مدنى) - ولما كانت الشروط المألوف إدراجها في مثل هذه العقود ترمى إلى تحقيق مصلحة الجميع على الوجه الذى يبتاه ، فإنه يندر أن يرد بينها شروط تصفية يصح للقاضي إلغاؤها . ولم يتبها محكمة النقض أن تبث في هذه المسألة المعينة . ولكنها قررت في أحد أحكامها عدم جواز طرح المسألة لأول مرة أمامها إذا لم يسبق طرحها من قبل أمام محكمة الموضوع . فقضت بأن التمسك بأن قيود البناء الواردة في عقد البيع الصادر من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الإذعان التي لا سبيل للمشتري عند توقيعه إلى المناقشة فيها لايصح التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ، مادام أنه لم يسبق طرحه من قبل أمام محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٩ ص ١٨٤) .

(٢) أنقضت شروط خمسة بانياء بأراضي الحكومة بالرمسة وغرب البحر لأسى : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٦٩ هامش ١ . وانظر في الخلاف الذى كان قائماً في القضاء : - مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ الخاتمة ٢٩ رقم ٣١٠ ص ٦٤٠ .

قضت بعض المحاكم ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأن هذه الشروط ليست إلا التزامات شخصية . لا يرتبط بها إلا مشترى الأرض نحو البائع ، وليست حقوق ارتفاق (١) . وبنى على تكيف هذه الشروط بأنها التزامات شخصية . لاحقوق ارتفاق عينية ، ما يأتي : (أولاً) أن البائع وحده هو الذي يستطيع المطالبة بهذه الالتزامات وهو الذي ارتبط نحوه المشتري فأصبح وحده هو الدائن . ومن ثم لا يستطيع مشترى قطعة أرض أن يطالب بهذه الالتزامات مشترى قطعة أرض أخرى ، إذ لا تقوم علاقة بين الاثنين ، وليس أي منهما دائناً للآخر . (ثانياً) والبائع لا يستطيع أن يطالب بتنفيذ هذه الالتزامات إلا المشتري منه مباشرة فهو الذي ارتبط معه بالعقد ، ولا يستطيع أن يطالب بتنفيذها المشتري من المشتري أو من تسلسل بعد هذا من المشتري . إلا على أساس أنه خلف خاص للمشتري انتقلت إليه التزامات السلف . ولم يكن التقنين المدني السابق يسلم بانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وإذا سلم التقنين المدني الجديد بانتقال الالتزام إليه ، فانه يشترط لذلك أن يكون هذا الخلف عالماً بهذا الالتزام وقت انتقال الأرض إليه (م ١٤٦ مدني) . فيكفي إذن . حتى لا ينتقل الالتزام ، أن يعجز البائع عن إثبات علم الخلف الخاص به . (ثالثاً) وإذا اقتصرنا على العلاقة فيما بين البائع والمشتري منه مباشرة . فان البائع يكون دائناً عادياً للمشتري . وإذا خالف المشتري الشروط ، فقل أن يستطيع البائع أن يطفر بالتنفيذ العيني للالتزام . ويكفي لذلك أن يرهن المشتري الأرض مثلاً ، حتى يقدم الدائن الموثق على البائع . (رابعاً) ومادام البائع هو الدائن وحده بهذه الشروط . فانه يستطيع أن يلزم بها مشترياً دون مشتر . وله أن يتفق مع بعض المشتري على ما يخالفها .

(١) محكمة استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحماة ١٣ رقم ٢٠٦ ص ٤١١ - مصر الكلية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ مجلة كلية الحقوق ٢ ص ٨٥ - استئناف غنطط أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣١٩ - أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٨ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٧ - وقد استند هذا القضاء إلى أن كلمة «ارتفاق» لم ترد بمفهوم البيع ، ويصعب تأويل سكوت الشركة عن استعمال هذه الكلمة للثبوت الجزائية بأنها أرادت به ذلك تقرير هذا الحق . هذا إن كان الارتفاقات من المقتضى لا يجوز اتوسع فيها . وقد أبحاث شركة اتحاد المشتريين ، في مقبول منع من أنال تخلف هذه الشروط ، ولو كان هناك ارتفاق لما صح ذلك ، ولما تمكنت الشركة هذا الحق (عند كرس مرس ٢ فقرة ٢٢٢) .

ولكن محاكم أخرى قضت بعكس ما تقدم . وبأن هذه الشروط ليست التزامات شخصية . بل هي حقوق ارتفاق عينية متبادلة بين جميع النطع المبيعة . وهي تتبع العقار وتنقل معه بالبيع إلى كل مشتري (١) . وقد أيدت محكمة النقض : في عهد التقنين المدني السابق . هذا الرأي الأخير ، وقضت بأن الاشتراطات التي وضعها الحكومة في عقد البيع وصفت في العقد ذاته بأنها حقوق ارتفاق وقيود (servitudes et restrictions) وهذه القيود والشرائط . الموصوفة ودونها الحقيقي في عقد البيع : مقرررة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها نص المادة ٣٠ من التقنين المدني السابق . إذ كل قطعة تصبح : ووجهها مرتفعاً بها لمنفعة : آثار القطع ، تحقيقاً للغرض المنشود : وهو تشييد دور ذات نظام خاص تتوافر فيها أسباب الراحة والهدوء . ويتكون منها حي ممتاز يطيب المقام فيه (٢) .

(١) استئناف مصر ٨ مايو سنة ١٩٢٨ الخامة ٨ رقم ٩٧ : ص ٨١٤ (وقالت المحكمة في أسباب حكمها إن هذا التمهيد الفضي من جانب البائعة ومن حل محلها بمراعاة الشروط المدونة في عقود البيع مستفاد في القضية أخالية منذ بيع أول قطعة بشروط ما كان في الإمكان تحقيقها بدقة إلا بتقسيمها المبيعات الأخرى . فبذا هذا الوقت انعقد اتفاق الطرفين الصريح على الأخذ في تنفيذ تلك الشروط بالتدريج إلى النهاية . فهناك إذن في صالح أرض المشتري المال من جانب . وعلى أرض المشتري طمس العلاقة الآخرين من جانب آخر . حتى ارتبط به ماله في منطقة خاصة . وحتى آخر هذه يجوز ارتداد معن في نفسه . ومن شأن هذه الحقوق أن توجد بينهم رابطة قانونية لانزعاج فيها . تحميها الدعوى العينية ، وتعمل للمشتري الحق في رفع هذه الدعوى بطلب الإزالة ، وكذلك إذا لزم الحال بمطالبهم بتعويضات) .

(٢) نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ الخامة ١٣ رقم ٨٧ : ص ٩٨٧ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٨ رقم ١٨ ورقم ١٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ - ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧ . وقد استند هذا القضاء إلى أن الشركة كانت ترمى إلى إنشاء حي جميل صحي ، وكانت لا تعمل لمصلحتها فحسب ، بل كانت تعمل بوجه خاص لمصلحة جماعة المشترين . ومن المؤكد أن المشترين كانوا يتمتعون عن الشراء لو كانوا يعلمون أن هذه القيود قد قررت فقط لمصلحة البائعة ، وأن حق المطالبة بتفقد هذه الشروط لا يكون إلا للشركة وحدها ، وهي الشركة التي إذا تم الغرض الذي من أجله قد انشئت لا بد أن تمتنع عاجلاً أو آجلاً . ولنفرض مشترك جميع المدينين انداحسين في كل المشتريات التي تمت في تلك المنطقة ، وهو ترتيب حقوق ارتفاق متبادلة فيما بينهم . مستفاد ضمناً وبطريقة يقينية من الظروف التي أدت إلى الانقذات التي تمت ، وكذلك من مجموع

وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف كما قدمنا ، فقرر في المادة ١٠١٨ مدني سالفه الذكر أن الأصل في هذه القيود والاشتراطات أن تكون حقوق ارتفاق على كل عقار لفائدة العقارات الأخرى ، وذلك ما لم يقض الاتفاق بغيره . فهناك إذن قرينة قانونية على أن هذه القيود والاشتراطات هي حقوق ارتفاق ، ولكنها قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس . وتكون الشركة البائعة قد رتبت حقوق ارتفاق على كل قطعة من الأرض لفائدة جميع القطع الأخرى . ففي بيع أول قطعة من هذه القطع ، اتفقت الشركة مع المشتري على ترتيب حقوق الارتفاق هذه على القطعة المباعة لفائدة جميع القطع الأخرى التي لم تبعها ولا تزال مماوكة لها ، كما رتبت حقوق الارتفاق نفسها على هذه القطع لفائدة القطعة المباعة . ثم لما باعت القطعة الثانية وهي من ضمن القطع التي تقرر لها وعليها حقوق الارتفاق ، باعتها للمشتري بما لها وعليها من حقوق الارتفاق هذه . ويمكن القول أيضاً بأن الشركة قد اشترطت على كل مشترياءت له قطعة من الأرض : لمصلحة جميع الذين سبقوه والذين سيتلونهم . حقوق الارتفاق التي تضمنتها هذه الاشتراطات والقيود (١) . وعلى هذا النحو أصبحت كل قطعة محملة بحقوق ارتفاق لفائدة كل قطعة من القطع الأخرى ، وأصبح لها في الوقت ذاته نفس حقوق

المقود العديدة المتشابهة التي أبرمت عن هذه المنطقة وكلها بنماذج مطبوعة ذات صيغة واحدة ، وكذا من العرف الجاري في مثل هذه الأحوال . ولا يقبل القول بأن هذه الاشتراطات إنما هي تمهيدات شخصية ، إذ لو كانت كذلك لما صلحت لتحقيق الغرض المقصود ، ولأدت إلى تجريد مالك الأرض أياً كان من كل سلاح للدفاع عن حقه ، ولجعلته تحت رجة البائع الذي قد لا تكون له مصلحة في وقت ما في طلب الإزالة ، وهذه النتيجة التي لا يمكن التسليم بها تكفي للدلالة على فساد هذه النظرية (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٧٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تعتبر قيود البناء هذه حقوق ارتفاق لفائدة العقارات المجاورة ، وقد تكون مفرغة في قالب الاشتراط لمصلحة الغير . ومهما يكن من أمر ، فإن لأصحاب العقارات المجاورة أن يطالبوا صاحب العقار المرتفق به بهذا الحق . وفي هذا تبسيط للموضوع ، دون حاجة للاستعانة بالنظرية بالاستخلاف فيها إذا كيفت هذه القيود بأنها التزامات شخصية تنتقل إلى الخلف الخاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣١) .

الارتفاق على كل قطعة من هذه القطع (١). ويترتب على ذلك عكس النتائج التي استخلصناها من تكييف الشروط بأنم التزامات شخصية . ويخص من تطبيق المادة ١٠١٨ مدني سائلة الذكر النتائج الآتية (٢) :

أولاً — لما كانت كل قطعة محملة بحقوق الارتفاق المشترطة ، فإن أى مشتر ، وقد اشترطت هذه الارتفاقات مصلحة قطعه ، يستطيع أن يطالب أى مشتر آخر بتنفيذ هذه الارتفاقات ، ولا يحكر البائع وحده حق المطالبة بتنفيذها .

ثانياً — وبستطيع أى مشتر أن يطالب بتنفيذ الارتفاقات ، ليس فحسب أى مشتر اقطعة أخرى ، بل أيضاً المشتري من هذا المشتري ، وكذلك المشتري من المشتري الثاني ، وهكذا مهما تعاقب المشترون . ذلك بأن كل قطعة تنتقل من مشتر إلى آخر محملة بحقوق الارتفاق لفائدة أية قطعة من القطع الأخرى . وكذلك يستطيع مشتر من المشتري . والمشتري الذي يخلفه مهما تعاقب المشترون . أن يطالب بتنفيذ الارتفاقات أى مالك لقطعة أخرى . ذلك بأن كل قطعة تنتقل من مشتر إلى آخر بماذا من حقوق الارتفاق المقررة على أية قطعة من القطع الأخرى .

(١) وقد سائر اثنين المدني الجديد بهذا النص الحكم الذي كان راجعاً في عهد التقنين المدني السابق ، والذي أخذت به محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استعرض الشروط الواردة بمقتضى البيع الأصلي الصادر من الشركة المطعون فيها ، وما نص عليه في قائمة الشروط الملحقه به من وجوب ترك منطقة قضاء تفرس بالنباتات بعرض ستة أمتار ، ومن أن هذا القيد يعتبر حق ارتفاق منقول لقطعة الأرض المجاورة ، وأنه في حالة مخالفة المشتري لهذا القيد يكون للشركة الحق في عدم ما يجريد المشتري في هذه المنطقة المتنوع فيها البناء . ثم أشار الحكم إلى أن الشارع فيما استحدثه من نص المادة ١٠١٨ من القانون المدني الجديد قد أقر اعتبار هذه القيود التي تحد من حق المالك في إنشاء حقوق ارتفاق . فإن هذا الذي قرره الحكم المطعون فيه لا يقيد أنه قد طبق القانون الجديد على واقعة الدعوى ، وإنما يدل على أن القانون الجديد قد تلاقى مع القانون القديم في تكييف هذه القيود والاشتراطات . ومن ثم يكون النعم عليه بالخطأ في تطبيق القانون . لإعنايه أحكام القانون المدني الجديد على نزاع نشأ عن تعاقب أبرم قبل العمل به ، في غير محله (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام جنس ١١ رقم ٣٩ ص ١٨٥ - ونشر أيضاً في ج ٢٥ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧) .

(٢) انظر عبد المسم المدواوي نقدة ٢٩٠ - نقدة ٢٩١ - اسماعيل غانم ص ٢٨ .

الحيوان يعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات (١) ، فإن نص المادة ٩٩٢ / ٢ مدني سالف الذكر صريح في أن نتاج المواشي ، سواء اعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات ، يكون للمنتفع . ولكن التاج لا يخلص له كاملاً ، بل عليه أولاً أن يعرض منه ما نفق من القطيع بحادث مفاجيء حتى يستكمل القطيع عدده . وهذا يدل على أن التاج مندمج في مجموع القطيع ، وأن ما يستحدثه القطيع يعرض ما فقده ، ولا يخلص للمنتفع كثمار للقطيع إلا الباقي من التاج بعد إجراء هذا التعويض . ولا يشترط أن يكون التعويض من التاج الذي يوجد بعد نفق ما نفق من الأصل ، بل يكون التعويض أيضاً من التاج الذي وجد قبل ذلك ، بل من ثمن هذا التاج إذا كان المنتفع قد تصرف فيه وقت أن كان أصل القطيع كاملاً (٢) . أما إذا كان ما نفق من القطيع لم ينفق بحادث مفاجيء ، بل بخطأ الغير ، كان هذا الغير هو المسئول عن التعويض . وإذا كان النفق خطأ المنتفع نفسه ، كان هذا مسئولاً عن التعويض كاملاً ولو زاد ما نفق على مقدار التاج ، ولا يقف التعويض عند حدود مقدار التاج كما هو الأمر فيما إذا كان النفق بحادث مفاجيء . وإذا نفق القطيع كله بحادث مفاجيء أو بمرض لا يد للمنتفع فيه ، لم يكن المنتفع ملزماً أن يرد للمالك إلا ما بقي نافعاً بعد نفق القطيع كالجلود أو قيمتها إذا كان المنتفع قد تصرف فيها أو استهلكها (م ٦١٦ مدني فرنسي) . وللمنتفع أن يتصرف في أفراد الماشية إذا أصبحت غير صالحة لما أعدت له من نتاج أو ألبان ، على أن يعرض ما تصرف فيه منها بالتاج أو ثمنه على النحو الذي قلّمناه في تعويض ما نفق من الماشية بحادث مفاجيء (٣) .

وإذا كان القطيع من المواشي ملحقاً بأرض زراعية ، وجب أن يعتبر القطيع تابعاً للأرض . وعلى ذلك لا يأخذ المنتفع نتاج المواشي إلا بعد أن

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٦٦ - الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ١ وفترة ٣٦٤

ص ٥٩٠ .

(٢) أدبري ورد ٢ فقرة ٢٣٦ وهامش ١٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٨٩ -

تولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٠٦٧ ص ٨٦٤ - عكس ذلك برودي وشوفو فقرة ٧٢٤ .

(٣) أدبري ورد ١ فقرة ٣٢٦ ص ٧١٣ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

فلا يجوز باتفاق بين البائع وأحد المشتريين . دون مرافقة الباقي . الإغفاء من هذه الحقوق كلها أو بعضها . وإنما يجوز . إذا انت ملاك الأراضي مخالفة الشروط ودرجوا على ذلك مددا طويلة . أن يفسر ذلك على أنه نزول ضمنى منهم عن حقوق الارتفاق ، أو على أن هذه الحقوق قد انتهت بعدم الاستعمال (١) .

المبحث الثاني

تخصيص المالك الأصلي

(Destination du père de famille)

٥٧٦ - نص قانوني : تنص المادة ١٠١٧ مدني على ما يأتي :

١ - « يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلي » .

٢ - ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي : إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ،

(١) وقد قفست محكمة النقض بأنه ليس في القانون ما يمنع التنازل عن حقوق الارتفاق هذه من عند التنازل عنها ، سواء كان التنازل صريحا أو ضميا إذا لم يشترط القانون لتحقيقه صورة معينة . فتي استخلصت محكمة الموضوع هذا التنازل ، ولو كان ضميا ، استخلاصا سائغا من وقائع تؤدي إليه ، فلا محقق على حكمها في ذلك لتعلقه بأمر مرصومي . ولا يجوز للقانون الحكم بالتعويض طبقا للفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ مدني إلا في الأحوال التي يجوز فيها المطالبة بإصلاح الضرر الناتج عن مخالفة القيود المفروضة ضميا . والتي ترى فيها المحكمة أن في الحكم بالإصلاح عينا إرهابا لصاحب العقار المرتفق به . وإذن فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أنه لا حق للطاعنين في طلب الإصلاح عينا لتنازلهما وغيرهما من أصحاب العقارات التي فرضت لمسلحتها تلك القيود فيها ، فإن رفض طلب التعويض لا يكون مخالفا للقانون (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧) . وقفست محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الجار الملاصق ، بعد أن أهل عدد كبير من سكانه إلى أو أغلب سكانه مراعاة القيود ، قد ارتكب هو أيضا مخالفتين : فإن جاره يندرج إذا اعتقد أن الجار المخالف قد انضم إلى من سبقوه في إهمال تلك الحقوق المتبادلة والتنازل عنها . فبني بعده وارثك مخالفة أيضا ولو من جنس آخر ، لأن التجربة بدووع المخالفات لا ينوعها . وإزالة ذلك الجار لمخالفتيه استين وقتا منه فيما بعد لا يفيد ، بعد أن ترتب لجاره حق اعتبار أن حقوق الارتفاق قد زالت وبني منزله فلا (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٣ رقم ٥٠ ص ٩١) .

فأشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين . ففي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما ، عد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ، ما لم يكن عمة شرط صريح يخالف ذلك » (١) .
ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق : ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل — وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٢٠ — وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٣ — وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

٥٧٧ — كيف يرتب من الارتفاق تخفيض المالك الأصلي وعلى أي

أساس يقوم : ويتبين من نص المادة ١٠١٧ مدني سالف الذكر أن حق الارتفاق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٨٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي قد اشتمل في الفقرة الثانية على كلمة « بناء » فذكر أن « مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما بناء أو علامة ظاهرة أخرى » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة « بناء » « لأن العلامة الظاهرة التي تدل على حق الارتفاق تشمل البناء ، وقد يكون التخصيص بالبناء أكثر مما يمتد إليه قصد المشرع » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٧ — ص ٦٣٠) .

(٢) التقنين المدني السابق — أحكام قضائية تؤيد النص : نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٢ ص ٨١ — استئناف مصر ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧١ ص ٧٥٤ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩٦ ص ١٢٤ — استئناف مخطط ١٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٤ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣١ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ — أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٣ — ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٠ — ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٤ — ١٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٧ — ولكن قارن استئناف مخطط ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٠ (مطبق) .

التقنين المدني العراقي م ٢٠٣ (مطبق) — وقد

ورد في نص التقنين العراقي كلمة « بناء » .

قانون الملكية المقارية اللبناني لا مقابل .

الظاهر يترتب بتخصيص المالك الأصلي ، إذا كان هذا المالك يملك عقارين منفصلين ، وقد جعل أحدهما يخدم الآخر كما لو كان على العقار الأول حق ارتفاق لفائدة العقار الآخر ، وجعل لهذه الخدمة علامة ظاهرة . وإلى هنا لا يمكن أن يقوم حق ارتفاق لأن العقارين مملوكان للمالك واحد (*nemini res sua servit*) ، ولكن إذا أصبح العقاران مملوكين للمالكين مختلفين ، مع بقاءهما على هذا الوضع . فإن المفروض أن هذين المالكين المختلفين باستبقائهما هذا الوضع قد أرادا أن يبرز حق الارتفاق إلى الوجود . وقد كان هذا الحق كامنا (*servitude causale*) في الوضع السابق للعقارين ، وكان يعطله عن الظهور أن العقارين مملوكان للمالك واحد . أما وقد أصبحا مملوكين للمالكين مختلفين ، فلم يعد هناك ما يمنع من ظهور حق الارتفاق ، فينشأ هذا الحق (*servitude formelle, véritable*) من وقت اختلاف المالك .

فإذا كان شخص يملك أرضا وقد بنى في وسطها منزلا فتحت فيه مطلات تعطل على الأرض من جميع جوانبها ، فانه يكون بذلك قد خصص كل جانب من الأرض لخدمة المنزل بفتح هذه المطلات . فإذا باع جانبا من هذه الأرض والمطلات مفتوحة عليها في غير المسافة القانونية ، فإن المشتري ، بارتضائه الشراء والأرض على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالمطل الذي كان كامنا . فيكون للمنزل حق ارتفاق بالمطل على الجانب المبيع من الأرض ، وقد نشأ هذا الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أى بالوضع السابق الذى هيأه المالك الأصلي وارتضى به المشتري دون أن يعترض . وإذا كان شخص يملك قطعة أرض متجاورتين في إحداها مسقا ، وقد حفر قناة تأخذ المياه من المسقا وتوصلها إلى القطعة الأخرى لريها ، فانه يكون بذلك قد خصص قطعة الأرض التى فيها المسقا لخدمة القطعة الأخرى . فإذا باع القطعة الأولى وهى على هذا الوضع بالنسبة إلى القطعة الأخرى ، فإن المشتري ، بارتضائه الشراء والقطعة على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالشرب الذى كان كامنا . فيكون للقطعة الأخرى التى استبقاها المالك حق ارتفاق بالشرب على القطعة

الأولى التي باعها ، وقد نشأ هذا الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أى بالوضع السابق الذى هياه المالك الأصلي وارتضى به المشتري دون أن يعترض . وإذا كان شخص يملك منزلا ويملك قطعة أرض فضاء مجاورة للمنزل ، وقد عبد طريقا فى هذه الأرض يمر منه سكان المنزل ليصلوا إلى الطريق العام ، ورصف هذا الطريق أو حدده بعلامات ظاهرة ، فانه يكون بذلك قد خصص الأرض لخدمة المنزل ، بشقه طريقا فى الأرض وجعله مخصصا للمرور . فإذا باع الأرض وهى على هذا الوضع بالنسبة إلى المنزل ، فان المشتري ، بارتضائه الشراء والأرض على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالمرور الذى كان كامنا . فيكون للمنزل حق ارتفاق بالمرور على الأرض ، وقد نشأ هذا الاتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أى بالوضع السابق الذى هياه المالك الأصلي وارتضى به المشتري دون أن يعترض (١) .

ويخلص من الفروض التي قدمناها أن حق الارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلي ، إنما ينشأ بموجب اتفاق ضمنى بين المالكين المختلفين للعقارين منذ أن أصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين . فيكون الأساس الذى يقوم عليه الارتفاق فى هذه الحالة ، أى سبب نشوء حق الارتفاق ، هو هذا الاتفاق الضمنى . والاتفاق الضمنى ليس إلا عقدا ، أى تصرفا قانونيا ، فالارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلي إنما ينشأ بموجب تصرف قانوني (٢) . ولذلك جعلنا الكلام فى تخصيص المالك الأصلي يعقب مباشرة الكلام فى التصرف القانوني كسبب لكسب حق الارتفاق (٣) .

(١) ومن هنا كانت إرادة المالك الأصل هى البارزة ، وقد اقترن بها قبول مفترض من جانب المشتري (عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٠٠) .

هذا وإنشاء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصل لم يكن معروفا فى القانون الرومانى . وبدأ فى القانون الفرنسى القديم ، بأن أقره بعض العادات القديمة فى فرنسا (مازو فقرة ١٧٢١ ص ١٣٥٦) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٦ ص ٩٤٦ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ويدخل فى الاتفاق

الضمنى لكسب حق الارتفاق ما يسمى بتخصيص المالك الأصل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٩) .

٥٧٨ - الشروط الواجب توافرها لترتيب الارتفاق بتخصيص المالك

الأصلي : ويتبين أيضاً مما قدمناه أن هناك شروطاً أربعة يجب توافرها حتى يترتب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي : (١) وجود عقارين مملوكين لمالك واحد . (٢) جعل هذا المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر . (٢) وضع علامة ظاهرة لذلك . (٤) ضرورة انعقارين مملوكين لمالكين مختلفين . فتي توافرت هذه الشروط ، نشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، وعد مرتباً لأحد العقارين على العقار الآخر (١) .

وهذه الشروط الأربعة كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ولا تشترط الكتابة لإثباتها . فمن يدعى أن حق ارتفاق ترتب لفائدة عقاره على عقار آخر ، عليه أن يثبت توافر الشروط الأربعة التي تقدم ذكرها . وله أن يثبتها كلها بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن . ونقول الفقرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدني في صدرها كما رأينا (٢) : « إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات ... » (٣) .

ونستعرض الآن الشروط الأربعة على التعاقب .

§ ١ - وجود عقارين مملوكين لمالك واحد

٥٧٩ - عقارانه منفصلونه لمالك واحد : وهذا هو الفرض الغالب ، فيكون مالك واحد مالكا لعقارين منفصلين : أرضين منفصلتين ، أو بناءين منفصلين ، أو أرض و بناء . وليس من الضروري أن يكون هذان العقاران

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٠١٧ مدني تقتضي بأن على من يدعى بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار الذي يدعى أنه اكتسب حق ارتفاق عليه كانا مملوكين لمالك واحد ، وأنه في أثناء اجتماع ملكية العقارين أقدم المالك الأصلي علاقة تبعية بينها من شأنها أن تعتبر ارتفاقاً ظاهراً لو أن العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين ، وأن هذه العلاقة استمرت بين العقارين إلى ما بعد انفصال ملكيتهما ، وذلك ما لم يتضمن التصرف الذي ترتب عليه انفصال ملكية العقارين شرطاً صريحاً يخالف ذلك (نقض مدني ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٨ ص ٣١٢) . وانظر مصر مستجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٣١٠ ص ٦٤٠ .

(٢) انظر آند فقرة ٥٧٦ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٩ .

قضت بعض المحاكم ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأن هذه الشروط ليست إلا التزامات شخصية . لا يرتبط بها إلا مشترى الأرض نحو البائع ، وليست حقوق ارتفاق (١) . وينبني على تكليف هذه الشروط بأنها التزامات شخصية . لاحقوق ارتفاق عينية . ما يأتي : (أولاً) أن البائع وحده هو الذي يستطيع المطالبة بهذه الالتزامات وهو الذي ارتبط نحوه المشتري فأصبح وحده هو الدائن . ومن ثم لا يستطيع مشترى لقطعة أرض أن يطالب بهذه الالتزامات مشترباً لقطعة أرض أخرى ، إذ لا تقوم علاقة بين الاثنين ، وليس أى منهما دائناً للآخر . (ثانياً) والبائع لا يستطيع أن يطالب بتنفيذ هذه الالتزامات إلا المشتري منه مباشرة فهو الذي ارتبط معه بالعقد ، ولا يستطيع أن يطالب بتنفيذها المشتري من المشتري أو من تسلسل بعد هذا من المشتري . إلا على أساس أنه خلف خاص للمشتري انتقلت إليه التزامات السلف . ولم يكن التقنين المدني السابق يسلم بانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وإذا سلم التقنين المدني الجديد بانتقال الالتزام إليه ، فإنه يشترط لذلك أن يكون هذا الخلف عالياً بهذا الالتزام وقت انتقال الأرض إليه (م ١٤٦ مدني) . فيكفي إذن ، حتى لا ينتقل الالتزام ، أن يعجز البائع عن إثبات علم الخلف الخاص به . (ثالثاً) وإذا اقتصرنا على العلاقة فيما بين البائع والمشتري منه مباشرة . فإن البائع يكون دائناً عادياً للمشتري . وإذا خالف المشتري الشروط ، فقل أن يستطيع البائع أن يظفر بالتنفيذ العيني للالتزام . وبكفي لذلك أن يرهن المشتري الأرض مثلاً ، حتى يقدم الدائن المرتهن على البائع . (رابعاً) ومادام البائع هو الدائن وحده بهذه الشروط . فإنه يستطيع أن يلزم بها مشترياً دون مشترى ، وله أن يتفق مع بعض المشتريين على ما يخالفها .

(١) محكمة استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحمأة ١٣ رقم ٢٠٦ ص ٤١١ - مصر الكلية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ مجلة كلية الحقوق ٢ ص ٨٥ - استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ - أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٨ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٧ - وقد استند هذا القضاء إلى أن كلمة «ارتفاق» لم ترد بمقود البيع ، ويصعب تأويل سكوت الشركة عن استعمال هذه الكلمة المألوفة التجارية بأنها أرادت مع ذلك تقرير هذا الحق . هذا إلى أن الارتفاقات من المسائل التي لا يجوز التوسع فيها . وقد أبحاث الشركة لأحد المشتريين ، في مقابل بيع من المال مخالفة هذه الشروط ، ولو كان هناك ارتفاق لما صح ذلك ، ولما ملكت الشركة هذا الحق (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٧٢) .

دائم . وإن لم يكن للارتفاق وجود قانوني بعد . وأخذ المياه بواسطة قناة من مستقام موجودة في أحد العقارين لرى العقار الآخر يجعل هذا العقار الآخر متمتعاً بالفعل بارتفاق الشرب . وإن لم يتمتع به قانوناً بعد . وتعييد طريقت ورصفه في أحد العقارين لخدمة العقار الآخر يجعل هذا العقار الآخر متمتعاً بالفعل بارتفاق المرور . وإن لم يوجد هذا الارتفاق قانوناً بسبب اتحاد المالك . وفي جميع هذه الفروض يظهر في بلاء ووضوح أن المالك أراد على وجه لا يحتمل الشك إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر خدمة نهائية دائمة ، بحيث أنه لو لا اتحاد المالك لكان هناك ارتفاق قانوني مكان هذا الارتفاق الفعلي . وهو الآن كامن (*à l'état latent, servitude causale*) في الوضع القائم ما بين العقارين . ولا ينتظر إلا أن يختلف المالك لحل من العقارين حتى يبرز ويصبح ارتفاقاً قانونياً (*servitude formelle, véritable*) بعد أن تكاملت له أسبابه .

ويترب على ما تقدم أنه إذا كان الوضع الفعلي للعقارين لا يستفاد منه على سبيل اليقين أن المالك الأصلي أراد إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر على وجه مستقر نهائي دائم ، فإن الشرط لا يتوافر ، ولا يعود هناك محل للقول بنشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي . فإذا تبين مثلاً أن المالك الأصلي إنما قصد بالوضع الذي أنشأه فيما بين العقارين توفير أسباب الرفاهة لنفسه أو الوفاء بحاجة شخصية له ، ولم يقصد إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر على سبيل الارتفاق الدائم ، لم يكن هذا كافياً للقول بتوافر هذا الشرط . فقد يكون المالك قد أنشأ ممراً بين منزلين يملكهما ويسكنهما معاً لتيسير التنقل من منزل إلى آخر ، أو يكون قد أنشأ ساحة للألعاب الرياضية في الأرض التي يملكها مجاورة لمنزله لاستعماله الشخصي هو وذويه ، أو يكون قد أنشأ ممراً في الأرض التي يملكها مجاورة لمنزله ليعبر منه إلى محل عمله الشخصي . فلا يكون في هذه الأوضاع ما يستفاد منه أنه قصد إخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على وجه دائم . إذ أن الظاهر أنه إنما قصد استيفاء خدمة شخصية لنفسه لا للعقار (١) ، وعلى نحو موقت لا على نحو دائم . وقاضى الموضوع هو الذي

يبت ، دون رقابة عليه من محكمة النقض ، فيما إذا كان الوضع الذى أنشأه المالك قد قصد به خدمة شخصية موقته ، أو قصد به إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار على وجه دائم (١) .

٥٨٢ - المالك الأصلي للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلى القائم :

ويجب أن يكون المالك الأصلي للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلى القائم ، أو فى القليل يكون قد استبقاه كما هو بعد أن تلقاه قائما . ويتحقق الفرض الأخير فيما إذا سبق للعقارين أن كانا مملوكين لمالكين مختلفين ، وكان حق ارتفاق مقررًا لأحدهما على الآخر ، ثم أصبحا مملوكين لمالك واحد فزال حق الارتفاق باتحاد الذمة ، ومع ذلك استبقى المالك الجديد الوضع الفعلى للارتفاق قائما كما كان (٢) .

فإذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلى ليس هو المالك للعقارين ، أو نائب عنه مفوض فى ذلك ، بل أنشأه مستأجر للعقارين أو صاحب حق انتفاع على كل منهما ، فليس هذا بتخصيص المالك الأصلي ، لأن المالك الأصلي وحده هو الذى يملك إنشاء وضع يترتب عليه نشوء حق ارتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر . وهو وحده الذى يمثل مصلحة كل من العقارين (٣) .

وإذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلى هو المالك للعقارين ، ولكنه كان يملك أحدهما أو كليهما بسبب قابل للفسخ أو للإبطال أو للنقض ، ثم فسخت ملكيته أو أبطلت أو نقضت ، فإن الأثر الرجعى لزوال ملكيته على هذا الوجه يجعله غير مالك للعقار أو للعقارين معاً وقت أن أنشأ الوضع الفعلى القائم ، ومن ثم لا يعتد بهذا الوضع (٤) .

(١) بلانيول وريبير ديكار ٣ فقرة ٩٦٨ ص ٩٤٨ .

(٢) ويتحقق أيضا فيما إذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلى ليس هو المالك ، بل كان مستأجراً أو كان صاحب حق انتفاع ، ثم رجع العقاران إلى حيازة المالك فاستبقى الوضع الفعلى القائم كما هو .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٩ - اساهيل

غانم ص ٣٤ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٩ - اساهيل

غانم ص ٣٤ .

وإذا كان هناك عقاران مملوكان على الشيوع لشريكين : وكان الشريكان هما اللذان أنشأ الوضع الفعلي القائم ، ثم حصلت القسمة فختص كل من الشريكين بعقار ، لم يعتد بالوضع الفعلي الذي أنشأه وقت أن كانا مالكين على الشيوع فإن الأثر الرجعي للقسمة جعل كلا منهما غير مالك للعقار الذي لم يختص به وقت إنشاء الوضع الفعلي ، فلم ينشأ هذا الوضع مالك واحد للعقارين معاً . والذي كان يملك إنشاء الوضع الفعلي في هذه الحالة هو المالك الأصلي للعقارين معاً ، قبل أن تنتقل ملكيتهما إلى الشريكين على الشيوع (١) .

٣٩ - وضع عقارية ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلي

٥٨٣ - الارتفاق الظاهر ومده هو الزى يكسب بتخصيص المالك الأصلي ولا يكسب بتخصيص المالك الأصلي إلا حق الارتفاق الظاهر ، وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١٧ مدني على ذلك صراحة ، كما رأينا (٢) ، إذ تقول : « يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من المالك الأصلي . والارتفاق الظاهر هو ، كما قدمنا (٣) ، ارتفاق ينشأ عن وجوده أعمال خارجية كباب أو نافذة أو مجرى .

ولما كان يشترط أن يكون الارتفاق الذي يكسب بتخصيص المالك الأصلي ارتفاقاً ظاهراً كما قدمنا ، أي أن تكون له علامة ظاهرة ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدني صراحة ، كما رأينا (٤) ، على أن « يكون هناك تخصيص من المالك الأصلي ، إذا تبين . . . أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة . . . » فالارتفاق لا ينشأ بتخصيص المالك الأصلي إلا إذا كانت له علامة ظاهرة ، كنافذة يفتحها المالك الأصلي في حائط أحد العقارين في غير المسافة القانونية لتظل على العقار الآخر فتكون النافذة علامة ظاهرة على الارتفاق بالمطل ، وكفتاة يخرها لتجرى فيها مياه مسفاة منشأة في أحد العقارين لتروى العقار الآخر فتكون القناة علامة ظاهرة على الارتفاق بالشرب ،

(١) بلانيول وريبير. ويكار ٣ فقرة ٩٦٩ - وقارن اسماعيل غانم ص ٣٤ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٥٧٦ .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٥٥٥ .

(٤) انظر آتفاً فقرة ٥٧٦ .

وكطريق معيد مرصوف في أحد العقارين ليكون ممرا للعقار الآخر فيكون هذا الطريق المعيد المرصوف علامة ظاهرة على الارتفاق بالمرور .

٥٨٤ - وجوب بقاء العزومة الظاهرة إلى وقت أنه يتملك العقارين

مالطاه مختلفاه : ولا تكفى إقامة العلامة الظاهرة على النحو الذي قدمناه ، بل يجب أيضا أن تبقى هذه العلامة إلى الوقت الذي ينشأ فيه حق الارتفاق قانونا بأن يتملك العقارين مالكان مختلفان . ذلك بأن حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي إنما يقوم ، كما قدمنا (١) ، على أساس أن هناك اتفاقا ضمينيا بين المالكين للعقارين على إنشاء هذا الحق ، وأن العلامة الظاهرة على الوضع الفعلي الذي ترتب عليه حق الارتفاق هي الشاهدة على وجود هذا الاتفاق الضمني . فقد رأها مالك العقار المرتفق به ظاهرة أمامه ، واستخلص من ظهورها مغزاها ، ولم يعترض على ذلك ، فهو إذن قد رضى ورضاء ضمينيا بنشوء حق ارتفاق على عقاره . ولا يدلم هذا المنطق إلا إذا كانت العلامة الظاهرة ظلت باقية إلى الوقت الذي انتقلت فيه ملكية العقار المرتفق به إلى مالك هذا العقار ، فبقيت ماثلة أمامه ، ولم يبد اعتراضا على ما يستخلص من بقائها قائمة (٢) .

٥٨٥ - يكفى أنه يكون الارتفاق ظاهرا وقد يشترط أنه يكون مستمرا :

وكل ما يتطلبه التقنين المدني المصري الجديد ، لكسب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أن يكون الارتفاق ظاهرا على النحو الذي قدمناه . ولا يشترط إلى جانب ذلك أن يكون مستمرا (٣) . أما التقنين المدني الفرنسي فيشتمل على نصين ، أحدهما يتطلب في الارتفاق أن يكون مستمرا ظاهرا حتى يكسب بتخصيص المالك الأصلي ، والآخر لا يشترط في الارتفاق إلا أن يكون ظاهرا حتى يمكن كسبه بهذا السبب . فقد نصت المادة ٦٩٢ مدني فرنسي على أن « تخصيص المالك الأصلي يكون سببا لكسب الارتفاقات المستمرة الظاهرة » .

(١) انظر آتفاقرة ٧٧ .

(٢) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٨ ص ٩٤٨ .

(٣) وكان انقضاء ، في عهد التقنين المدني السابق ، بشرط الظهور والاستمرار (استثناء) مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٤ ص ١٣١ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٨٦ - أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣١٩ .

ثم نصت المادة ٦٩٤ مدني فرنسي على أنه : « إذا تصرف مالك العقارين ، اللذين تقوم بينهما علامة ظاهرة على حق الارتفاق ، في أحد هذين العقارين دون أن يرد في العقد اتفاق في شأن حق الارتفاق ، فإن الارتفاق يستمر موجودا إيجابا أو سلبا ، لفائدة العقار المتصرف فيه أو على العقار المتصرف فيه » (١) . ولم ينقل التتبعين المدني المصري الجديد عن التتبعين المدني الفرنسي هذين النصين المتعارضين ، بل اكتفى بنص واحد هو المادة ١٠١٧ مدني ، وهي لا تتكلم إلا عن الارتفاق الظاهر ، فيجوز كسبه بتخصيص المالك الأصلي سواء كان مستمرا أو غير مستمر ، فلا يوجد إذن فرق ، في التتبعين المدني المصري الجديد ، بين الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر ، فكلاهما يكسب بتخصيص المالك الأصلي ما دام ارتفاقا ظاهرا .

٥٨٦ - الارتفاق السبي لا يكسب بتخصيص المالك الأصلي : ولما كان

يشترط في كسب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يكون الارتفاق ظاهرا كما قدمنا ، فإنه يخالف من ذلك أن الارتفاق السبي لا يجوز كسبه بهذا السبب . ذلك بأن الارتفاق السبي يكون دائما ارتفاقا غير ظاهر كما سبق القول (٢) ،

(١) وقد اختلفت الآراء ، في لفظة الفرنسي ، في الطريقة التي يمكن بها التوفيق بين هذين النصين المتعارضين ، والرأي الذي رجح في كل من القضاء والفقهاء في فرنسا هو أن الارتفاق المستمر الظاهر يكسب بتخصيص المالك الأصلي ، دون حاجة إلى تقديم السند الذي فصل ما بين ملكية العقارين ، إذ يفترض ، بفعل استمرار الارتفاق وظهوره ، أنه باق بعد انفصال ما بين ملكية العقارين ، وأنه لم يرد في السند الذي فصل ما بين ملكية العقارين نص يخالف ذلك . فإذا تمسك ذو المصلحة بأن النص المخالف موجود في السند ، فعليه هو أن يثبت ذلك . أما الارتفاق الظاهر غير المستمر فإنه يكسب أيضا بتخصيص المالك الأصلي ، ولكن بشرط تقديم السند الذي يفصل ما بين ملكية العقارين وإثبات أنه لم يرد في هذا السند نص يخالف ذلك أن الارتفاق الظاهر غير المستمر أضعف في قوة الاستمرار من الارتفاق الظاهر المستمر ، فليس تقديم السند الذي يفصل ما بين ملكية العقارين للتثبت من عدم نفيه للارتفاق ، فيكون في عدم النفي إقرار ضمني لهذا الحق . انظر في هذه المسألة أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٢ ص ١١٩ - ص ١٢٠ وخامس ٩ - بودري وشوفو فقرة ١١٢١ - فقرة ١١٢٤ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٢ - فقرة ٩٧٤ - بلانويول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٧٥٣ - كولان وكريشان لدى لامورانديير ١ فقرة ١١٢٢ - مازو فقرة ١٧٢١ ص ١٣٥٧ - ص ١٣٥٨ - مارتين وريينو فقرة ١٥٧ ص ١٧٦ - كاريونيه ص ١٧٨ - ١٧٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٥٦ .

ولا يمكن أن توجد له علامة ظاهرة ، ومن ثم لا يجوز كسبه بتخصيص المالك الأصلي .

وعلى ذلك لا يجوز أن يكسب بتخصيص المالك الأصلي حق الارتفاق بعدم البناء ، وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء لأزيد من ارتفاع معين ، وحق الارتفاق بعدم البناء في أزيد من مساحة رقعة معينة ، وحق الارتفاق بالروئية ، وحق الارتفاق بعدم الحفر للكشف عن المياه الجوفية ، وغير ذلك من حقوق الارتفاق السلبية (١) .

§ ٤ ضرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين

٥٨٧ - كيف يصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين : بمجرد أن

يصير العقاران ، وقد كانا مملوكين لمالك واحد كما قدمنا ، مملوكين لمالكين مختلفين ، ينشأ حق الارتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر ، ويكون سبب نشوئه هو تخصيص المالك الأصلي (٢) . وقد رضى بهذا التخصيص ، المالك الآخر الذي تعاقد مع المالك الأصلي ، أو المالكان المختلفان اللذان تعاقدتا مع المالك الأصلي . والرضاء ضمني لأن أحدا منهما لم يعترض على هذا التخصيص ، مع ظهوره ومع أنه قاطع في أن المقصود هو إنشاء هذا الارتفاق . وقد قدمنا (٣) . أن تخصيص المالك الأصلي يقوم في أساسه على اتفاق ضمني . فينشأ حق الارتفاق بموجب هذا الاتفاق ، أي بموجب تصرف قانوني .

ويصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين ، فينشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، إذا انتقلت ملكية أحد العقارين لشخص غير المالك الأصلي ، أو انتقلت ملكية كل من العقارين لشخصين مختلفين ، وذلك بأي سبب من

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٧٠ .

(٢) وقد قضى بأن علاقة التبعية التي أوجدها المالك بين العقارين لا تشكل ارتفاقاً بالمعنى القانوني إلا عند ما يصبح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ، ومن هذا الوقت فقط . أما قبل ذلك فإن هذه العلاقة ، وإن كانت تقوم فعلاً ، لا تعتبر ارتفاقاً وذلك لما يتطلبه القانون في أن يكون مرتباً على عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ بجماعة أحكام استئنافية رقم ١٦ رقم ٢١٨ ص ١٣٩٣) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٧٧ .

أسباب انتقال الملكية (١) . فيجوز أن ينقل المالك الأصلي ملكية أحد العقارين (أو ملكية جزء من أجزاء العقار الواحد) لشخص آخر بعقد معاوضة ، كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل ، أو بتصرف تبرعى . كالهبة الوصية . ففي جميع هذه الأحوال يصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين ، المالك الأصلي والشخص الذى انتقلت إليه ملكية العقار الآخر . بل يجوز أن تنتقل ملكية أحد العقارين لشخص آخر عن طريق نزع الملكية جبراً للمنفعة العامة ، أو عن طريق بيعه في المزاد الجبرى تنفيذا للدين في ذمة المالك الأصلي (٢) . ويجوز أخيراً أن تنتقل ملكية أحد العقارين لشخص آخر عن طريق الشفعة . أو عن طريق التقادم المكسب (٣) .

ويجوز كذلك أن ينقل المالك الأصلي ملكية العقارين معاً إلى مالكين مختلفين ، إما بعقد معاوضة كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل ، أو بتصرف تبرعى كالهبة والوصية . وكذلك يصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين إذا مات المالك الأصلي واقتسمت الورثة تركته . قال العقاران بتوجب الميراث والقسمة إلى وارثين كل منهما يختص بعقار من العقارين (٤) .

٥٨٨ - عدم نشوء حق الارتفاق عند وجود شرط صريح يقضى بعدم

نشوء : وقد رأينا (٥) أن البررة الأخيرة من المادة ١٠١٧/٢ ملغى تقضى ، عند انتقال العقارين إلى مالكين مختلفين . بنشوء حق الارتفاق « ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك » . والشرط الصريح الذى يقضى بعدم نشوء حق الارتفاق يكون موجوداً في السند الذى جعل العقارين مملوكين للمالكين مختلفين ، كالبيع أو الهبة أو الوصية أو شروط البيع بالمزاد الجبرى أو غير ذلك

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٢٢ ص ١١٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٩ يوليئ سنة ١٨٩١ سيريه ٦٣ - ١ - ١٣٣ - ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ١ - ١٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٣) انظر في كسب ملكية أحد العقارين بالتقادم المكسب : أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٢ ص ١١٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٤) نقض فرنسى ٢٧ مارس سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣٣٩ - ٢٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ سيريه ٣ - ١ - ١٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٥) انظر آتلاً وسية ٥٧٦ .

من الأسباب التي جعلت أحد العقارين مملوكا للمالك الآخر ، أو جعلت العقارين معا مملوكين . لالذين مختلفين ، على النحو الذي بسطناه فيما تقدم (١) .

فاذا كان هناك عقاران مملوكان للمالك واحد ، وعبد المالك في أحد العقارين طريقا ورصفه ليكون ممرا للعقار الآخر ، ثم باع العقار الذي انشأ فيه الطريق المعبد المرصوف لشخص آخر ، فقد قدمنا أنه بهذا البيع ينشأ حق ارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذي استبقاه المالك الأصلي . وليس على المالك الأصلي ، لإثبات نشوء حق الارتفاق لفائدة العقار الذي استبقاه ، أن يفعل أكثر من أن يطلب الرجوع إلى وضع العقارين أحدهما بالنسبة إلى الآخر ، وإلى وجود علامة ظاهرة لحق المرور هي هذا الطريق المعبد المرصوف . فاذا أنكر عليه المشتري للعقار الآخر نشوء حق الارتفاق ، فعلى هذا المشتري أن يقدم عقد البيع ، وأن يثبت أنه قد ورد في هذا العقد شرط صريح يقضي بأنه لا يعتد بهذه العلامة الظاهرة ، وأن المشتري قد اشترى العقار خاليا من حق ارتفاق بالمرور لفائدة العقار الذي استبقاه المالك الأصلي . فاذا لم يقدم المشتري عقد البيع ، أو قدمه ولم يكن فيه هذا الشرط الصريح السالف الذكر ، سلم للمالك الأصلي دعواه من نشوء حق ارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذي استبقاه . وسكوت عقد البيع عن علامة الطريق الظاهرة ، وعدم تعرضه لنفي دلالتها من وجود حق ارتفاق بالمرور ، إقرار من المشتري بأنه قبل قبولا ضمنيا بنشوء حق الارتفاق . وكذلك يكون الحكم لو أن حق الارتفاق الذي نشأ بتخصيص المالك الأصلي هو حق ارتفاق بالمطل ، وقد دلت عليه علامة ظاهرة هي فتح نافذة في غير المسافة القانونية . فاذا أراد المشتري للعقار المرتفق به نفي وجود هذا الارتفاق ، فعليه أن يقدم عقد البيع ، وأن يثبت أنه قد ورد في هذا العقد شرط ينفي وجود ارتفاق بالمطل . ونرى من ذلك أنه سواء كان الارتفاق الذي نشأ بتخصيص المالك الأصلي ارتفاقا ظاهرا غير مستمر كحق المرور ، أو ارتفاقا ظاهرا مستمرا كحق المطل ، فإن الحكم واحد . ففي الحالتين لا يكلف المالك الأصلي بتقديم عقد البيع ، ويبقى على دعواه من نشوء حق ارتفاق بالمرور أو بالمطل ، إلى أن يقدم

المشتري عقد البيع ويثبت أنه قد ورد في هذا العقد شرط صريح يخالف لنشوء حق الارتفاق . وقد قدمنا أن نص المادة ١٠١٧ مدني لا يفرق في هذا الحكم بين الارتفاق الظاهر المستمر والارتفاق الظاهر غير المستمر (١) .

المبحث الثالث

التقادم المكسب

(Prescription acquisitive)

٥٨٩- المسائل التي يثيرها كسب من الارتفاق بالتقادم : يثير كسب

حق الارتفاق بالتقادم مسائل ثلاثا : (١) حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم . (٢) حيازة حق الارتفاق التي تؤدي إلى كسبه بالتقادم . (٣) مدة التقادم .

١٩- حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم

٥٩٠- وجوب أنه يكون من الارتفاق ظاهرا متى يجوز كسبه

بالتقادم : قدمنا (٢) أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدني تنص على ما يأتي : « ولا يكسب بالتقادم الا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » . ويؤخذ من هذا النص أنه لا يجوز كسب الارتفاق بالتقادم ، إلا إذا كان ارتفاقا ظاهرا . وينبني على ذلك ما يأتي : (١) حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم . (٢) حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم . (٣) حق الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضا كسبه بالتقادم . يضاف إلى ما تقدم أنه كما يجوز كسب حق الارتفاق الظاهر . مستمرا كان أو غير مستمر ، بالتقادم ، يجوز أيضا أن يكسب بالتقادم طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر .

(١) أما التقنين المدني الفرنسي فيفرق بين الحالتين : إذ تنص المادة ٦٩٢ منه بأن المالك الأصلي لا يحمل عبء الإثبات ولا يكلف بتقديم عقد البيع في حالة الارتفاق الظاهر المستمر ، في حين أن المادة ٦٩٤ منه تنص في حالة الارتفاق الظاهر غير المستمر بتحميل المالك الأصلي عبء الإثبات وتكليفه بتقديم عقد البيع ليثبت أنه لم يرد فيه شرط صريح ينفي نشوء حق الارتفاق (انظر آتفا فقرة ٥٨٥) .
(٢) انظر آتفا فقرة ٥٩٠ .

٥٩١ - من الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم :

وحق الارتفاق غير الظاهر هو ، كما قدمنا (١) . ارتفاق ليست له علامة خارجية ثم عن وجوده ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء وكالارتفاق بالمرور إذالم يكن للطريق الذي يباشر فيه هذا الحق معالم ظاهرة . ونرى من ذلك أن ظهور حق الارتفاق له معنى خاص يختلف فيه عن ظهور الحيازة . فقد تكون حيازة الارتفاق بالمرور ظاهرة إذا بوشر الارتفاق في علانية على ملأ من الناس وبخاصة في مواجهة مالك العقار المرتفق به ، ويكون الارتفاق بالمرور في الوقت ذاته غير ظاهر إذالم تكن للطريق معالم ظاهرة كما سبق القول .

وكان المنطق يقضى بأنه فيما يتعلق بالتقادم ، وهو قائم على الحيازة ، لا يعتد بالمعنى الخاص لظهور حق الارتفاق ويكتفى بالوقوف عند المعنى العام لظهور الحيازة . فحق المرور مثلاً ، مادام يباشر بطريقة علنية . يجوز كسبه بالتقادم إذا توافر في الحيازة شرط الظهور . حتى لو لم يكن للطريق معالم ظاهرة فلم يكن الارتفاق ظاهراً بالمعنى الخاص . ولكن التقنين المدني اشترط مع ذلك أن يكون حق الارتفاق ظاهراً بالمعنى الخاص حتى يجوز كسبه بالتقادم ، ولم يكتف بظهور الحيازة بالمعنى العام . وعلى ذلك لا يجوز كسب حق الارتفاق بالمرور بالتقادم إذالم يكن للطريق معالم ظاهرة ، حتى لو كانت حيازة الارتفاق ظاهرة وتباشر بطريقة علنية (٢) . ويرجع السبب في ذلك إلى أن التقنين المدني الجديد ، لما أراد أن يخالف القاعدة التقليدية التي سار عليها التقنين المدني الفرنسي في اشتراط الاستمرار والظهور في حق الارتفاق حتى يمكن كسبه بالتقادم (انظر م ٦٩٠ مدني فرنسي) . عدل عن شرط الاستمرار لما فيه من

(١) انظر آنفاً فقرة د د د .

(٢) ولذلك يكون غير دقيق ما ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد . «قد جاء فيها ما يأتي : « واشترط في كسب حق الارتفاق بالتقادم ، أن يكون ظاهراً ، وذلك حتى لا يشوب الحيازة عيب الخفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٨) . و« اصح أن يدعى تعبئة الخفاء في الحيازة هو نفس عدم الظهور في حق الارتفاق . على ما جاز الأمر من تبيين . هذا من انحية التقليدية . على أن المشرع المصري قد أراد على ما يظهر . أن يعمل الظهور في حيازة حق الارتفاق بنسب بوجود معالم ظاهرة . وهكذا يجب أن يكون الظهور في حيازة هذا الحق لأن الحق يقتضي ذلك . كما سيجيء في الثاني .

صنعة متكلفة لا مبرر لها ولا يفسرها إلا تقاليد القانون الفرنسي القديم (١) ، ولكنه استبقى شرط الظهور . على أن اشتراط الظهور بمعناه الخاص في حق الارتفاق هو أيضا ، كاشتراط الاستمرار : لا مبرر له ولا يفسره إلا تقاليد القانون الفرنسي القديم (٢) . ولكن التقنين المدني المصري الجديد استبقى مع ذلك شرط الظهور بمعناه الخاص في حق الارتفاق ، لأن حق الارتفاق ، حتى يجوز كسبه بالتقادم ، يحسن أن يكون من الظهور بحيث تكون له معالم ظاهرة ، فلا يكفي الظهور بمعناه العام في الحيازة . فحق الارتفاق يقتضي لما فيه من دقة ولما قد ينطوي عليه من خفاء ، ظهورا أوضح . فلم يكن ظهور حيازة الارتفاق بهذا المعنى ، في نظر التقنين المدني المصري الجديد ، إلا تطبيقا خاصا للظهور في الحيازة بمعناه العام (٣) .

٥٩٢ - من الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم : فاذا توافر لحق الارتفاق شرط الظهور بالمعنى الخاص ، وتوافر إلى جانب ذلك شرط الاستمرار ، فلا شك في جواز كسبه بالتقادم ، كما هو الأمر في التقنين المدني الفرنسي (م ٦٩٠ مدني فرنسي) .

فاذا فتح شخص في حائط منزله مطلا على أقل من المسافة القانونية من حدود عقار جاره . ومن هذا المنش مفتوحا لمدة اللازمة لكسب الحق بالتقادم . فانه يكسب بالتقادم حق الارتفاق بالمطل . ذلك بأن المطل ارتفاق ظاهر وعلامته الظاهرة هي هذه النافذة المفتوحة على ملك الجار . وهو في الوقت ذاته ارتفاق مستمر لا يحتاج في مباشرته إلى عمل الإنسان كما قدمنا في تعريف الارتفاق المستمر (٤) .

فاذا ما كسب صاحب العقار المرتفق بالتقادم حق الارتفاق بالمطل على النحو الذي قدمناه ، كان له الحق في استبقاء مطله مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو ، وليس للجار وهو صاحب العقار المرتفق به أن يعترض ،

(١) انظر بلائيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ ص ٩٣٤ .

(٢) انظر في هذا المعنى دانيال وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ .

(٣) قرب من هذا المذهب بودري وشومو فقرة ١١٠٨ ص ٨٣٥ - ودون شفيق شعبان

فقرة ٢٣٧ هامش ٢ - عبد النعم البدر اوى فقرة ٢٨٥

(٤) انظر آنفا فقرة ٥٥٥ .

حتى لو كان المثل مفتوحا في حائط على الخط الفاصل بين العقارين . بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطا في ملكه إلا بعد أن يتعد عن الخط الفاصل بمقدار المسافة القانونية ، وذلك حتى لا يسد المثل المكسوب بالتقادم (م ٨١٩ / ٢ مدني) . فاذا أقام الجار حائطا في ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فانه يجوز له أن يفتح في هذا الحائط مطلا لأنه يكون مفتوحا في هذه الحالة في حدود المسافة القانونية (١) . ويكسب صاحب المثل بالتقادم حق ارتفاق بالمثل في نطاق الحيازة التي كانت أساسا للتقادم . فمن كسب بالتقادم حق المثل من نافذة واحدة ، لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى . ومن كسب مطلا في الطابق العلوي ، لا يحق له أن يفتح مطلا في طابق أعلى أو في طابق أسفل . ومن كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمثل ، إذا كان لا يستطيع أن يضيف إليه مطلا آخر ، فانه يستطيع أن يزيد في سعة المثل الذي كسبه بالتقادم ، لأن القانون لم يقيد سعة الفتحات . وإذا تهدم الحائط المفتوح فيه مثل كسب بالتقادم ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المثل يرجع من جديد بنفس مداه دون زيادة . ولكن إذا بقي الحائط منهما مدة خمس عشرة سنة ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المثل لا يرجع من جديد . لأنه يكون قد زال بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (٢) .

٥٩٣ - من الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضا كسبه بالتقادم : والتقنين المدني المصري الجديد ، كما قدمنا (٣) ، لا يشترط في حق الارتفاق أن يكون مستمرا حتى يجوز كسبه بالتقادم ، وذلك خلافا للتقنين المدني الفرنسي الذي يوجب في حق الارتفاق حتى يجوز كسبه بالتقادم أن يكون مستمرا مطاوعة لتقاليد كان القانون الفرنسي القديم يجري عليها (٤) . ولم ير المشرع

(١) نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٦ رقم ٦ .

(٢) انظر في كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ ص ٧٨٤ - ص ٧٨٧ والمراجع والأحكام المشار إليها هناك .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٩١ .

(٤) انظر انتقادا لتقنين المدني الفرنسي في هذه المسألة في دلافول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ ص ٩٣٥ - ص ٩٣٦ - وانظر كيف ذلل القضاء هذه الصعوبة ، فجعل ما يكسب بالتقادم ، ليس هو حق الارتفاق غير المستمر كحق المرور في طريق معين ، بل حق الملكية الكاملة لهذا الطريق : أوبري، رد ٢ فقرة ٢٥١ ص ١١٣ - بودري وشوفو فقرة ١١٠٩ - =

المصري الأخذ بهذه التقاليد التي لا مبرر لها ولا معنى للأخذ بها في مصر ، ومن ثم لم يشترط الاستمرار حتى يكسب الارتفاق بالتقادم . فحق المرور ، وهو ارتفاق غير مستمر لأنه محتاج في استعماله لعمل الإنسان . يجوز كسبه بالتقادم في التقنين المدني المصري ما دام ارتفاقاً ظاهراً ، أي ما دام الطريق الذي يباشر فيه الارتفاق له معالم ظاهرة كما سبق القول . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ ، كما رأينا (١) ، إذ تقول : « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » (٢) .

فحق المرور إذن يجوز كسبه بالتقادم (٣) ، ما دامت سائر الطريق ظاهرة

— بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٧ — نقض فرنسي ٢١ يونيو سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٣٦١ — ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي بوليه ١٩٢٤ — ٧ — ٦٩٥ — ٢١ يناير سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٧ — ٩٧٥٤ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٦٠ وقرة ٥٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وم يشترط استمرار بما له من معنى خاص في حقوق الارتفاق ، أي أن يكون الارتفاق غير محتاج في استعماله إلى عمل الإنسان . وبذلك أصبح جائزاً أن يملك حق المرور بالتقادم ، خلافاً لما سبق به التقنين الفرنسي اتباعاً لقاعدة فرنسية تقليدية ، لا مبرر لها ولا معنى للأخذ بها في مصر » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٦٢٨ — ص ٦٢٩) .

وكان القضاء في مصر ، في عهد التقنين السابق ، يشترط استمرار والاستمرار في حق الارتفاق لإمكان كسبه بالتقادم . وذلك دون سند من نص من وأسس التقنين المدني الفرنسي (استئناف محتاط ٢١ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٥ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ٦ ص ٦٨ — ٢١ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١١ — ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ١٠ ص ٣٠ — ١٨ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٨ — ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٩ — ١٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٩٩ — ١٣ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٣ — ١٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ — ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٤ — ٤ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٣٨ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠٩ — ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ١ ص ٢٣٨ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٥٢ — ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٨ — ١٥ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١١) . فجاء التقنين المدني الجديد واضحاً في عدم اشتراط الاستمرار .

(٣) والمفروض هنا أن العقار المرتفق ليس محبوساً عن الطريق العام ، إذ لو كان محبوساً لكان من حق صاحبه أن يمر من الطريق المجاور طبقاً لشروط المقررة في حق المرور القانوني باعتباره قيداً على ملكية العقار المجاور ، ومن ثم لا تكون هناك حاجة إلى التقادم لكسب حق المرور في هذه الحالة إذ يكون الحق ثابتاً منذ البداية (انظر التيسير ٨ فقرة ٤٦٥ وما بعدها) . أو يكون العقار المرتفق محبوساً عن الطريق العام ، ولكن صاحب هذا العقار يختار مراً له ، لا في العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانوني ، بل في عقار آخر (انظر آنفاً فقرة ٢٦٨) .

حتى يكون ارتفاعاً ظاهراً كما قدمنا . وغنى عن البيان أنه إذا لم يشترط استمرار حق الارتفاق بهذا المعنى الخاص في حقوق الارتفاق ، أى وجوب تدخل عمل الإنسان في استعماله ، فإن الاستمرار بالمعنى العام في الحياة واجب حتى يكسب حق المرور بالتقادم . فيجب أن يكون صاحب العقار المرتفق مداوماً على المرور في العقار المرتفق به ، وفي الطريق المعد لذلك وهو طريق ظاهر المعالم كما قدمنا . فإذا كان المرور متقطعاً غير منتظم ، يستعمل بين الفينة والفينة على فترات متباعدة دون أن يكون لها مواعيد محددة ، فإن المرور في هذه الحالة يحمل على أنه عمل من أعمال التسامح ، وأعمال التسامح لا تصلح أساساً لكسب الحق بالتقادم لانتهاء عنصر القصد في الحياة (١) . وليس يلزم من ذلك أن حق المرور يجب استعماله باستمرار طول الوقت دون أن ينقطع ، فإن هذا أمر مستحيل فوق أنه لا ضرورة له . بل يكفي أن يستعمل حق المرور بطريقة منتظمة ، من وقت إلى آخر ، في المواعيد التي يحتاج فيها للمرور ، على أن يكون استعمال الحق على هذا النحو مضطرباً غير منقطع (٢) .

٥٩٤ - طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر يجوز كسبها بالتقادم :

وكما يجوز كسب حق الارتفاق الظاهر بالتقادم ، يجوز أيضاً أن يكسب بالتقادم طريقة استعماله . ذلك بأن طريقة الاستعمال فرع عن حق الارتفاق نفسه ، وإذا كان الأصل يجوز كسبه بالتقادم فأولى أن يجوز كسب الفرع بنفس السبب . فإذا كسب شخص بالاتفاق حق ارتفاع بالمطل على عقار جاره بفتح نافذة واحدة في طابق معين من منزله على مسافة أقل من المسافة القانونية ، جاز له إذا عدل طريقة استعمال الارتفاق ، أن يكسب بالتقادم طريقة الاستعمال المعدلة . فإذا فتح مثلاً نافذة أخرى إلى جانب النافذة الأولى ، أو فتح نافذة أخرى في طابق أعلى أو أسفل ، واستمر على ذلك المدة اللازمة للتقادم ، فإنه

(١) انظر آتياً فقرة ٢٦٨ .

(٢) وليس يلزم أن تكون العلاقة الظاهرة لحق الارتفاق الذي يكسب بالتقادم من عمل

مالك العقار المرتفق نفسه ، فقد تكون من عمل الغير ويستتبعها مالك العقار المرتفق لحساب نفسه بعد أن يعلم بوجودها ، فيكون الارتفاق ظاهراً ويصح كسبه بالتقادم (بودرى وشوفو فقرة ١١٠١) .

يكسب بهذا السبب ما أدخله من التعديل على حق ارتفاقه الأصلي الذي كسبه بالارتفاق .

وإذا كسب بالارتفاق حق ارتفاق بالمرور في عقار جاره على أن يمر مترجلا ، ثم أخذ يمر في عربة أو يمر وتمر معه مواشيه ، وبقي كذلك المدة اللازمة للتقادم ، فإنه يكسب بالتقادم ما أدخله من تعديل في استعمال حق ارتفاقه الأصلي الذي كسبه بالارتفاق . فيجوز له ، بعد تمام مدة التقادم ، أن يمر في عربته أو أن يمر مع مواشيه ، دون أن يكون لصاحب العقار المرتفق به حق الاعتراض على ذلك (١) .

٢٤ - مباداة من الارتفاق التي تؤدي إلى كسب التقادم

٥٩٥ - المباداة في من الارتفاق كالمباداة في الملكية : قدمنا (٢) أن

المباداة هي وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق . ويستوى في ذلك حق الملكية ، وهو المقصود من السيطرة الفعلية على الشيء ، وغيره من الحقوق . والسيطرة الفعلية على الحق يكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق . فإن كان حق ملكية ، اختلط الحق بالشيء محل الحق ، فيقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل الملكية . وإن كان حق ارتفاق ، فإن حيازته تكون باستعماله فعلا ، فيمر الحائز في أرض الجار في الارتفاق بالمرور ، أو يفتح نافذة في حائطه على مسافة أقل من المسافة القانونية تطل على عقار جاره في الارتفاق بالمطل .

ومن ذلك نرى أن الشروط العامة للمباداة واحدة ، سواء كانت المباداة واقعة على حق الملكية أو كانت واقعة على حق الارتفاق . فإن كانت واقعة على حق الارتفاق ، وجب ، حتى تؤدي إلى كسب هذا الحق بالتقادم ، أن تكون بوجه عام مستمرة ظاهرة هادئة غير غامضة .

(١) وفي فرنسا يجوز أن يكسب بالتقادم طريقة استعمال حق الارتفاق ، بشرط أن يكون الارتفاق مستمرا ظاهرا ، جريا على الأصل الذي ساروا عليه (يودري وشوفو فقرة ١١٠٢ - لاثول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٩) .

(٢) انظر آتفا فقرة ٢٥١ .

وكل ما قررناه في هذا الشأن ، عند الكلام في النظرية العامة للحيازة (١) ، ينطبق هنا في حيازة حق الارتفاق (٢) . وقد لا حظنا فيما تقدم أن هناك معنى خاصا لحق الارتفاق المستمر ولحق الارتفاق الظاهر ، وهذا المعنى غير مطلوب في الشرطين العاملين للاستمرار والظهور في الحيازة . فقد تكون حيازة حق الارتفاق مستمرة مع أن حق الارتفاق نفسه غير مستمر ، والعبرة في هذه الحالة باستمرار الحيازة . فإذا كانت الحيازة مستمرة بالمعنى العام ، جاز كسب حق الارتفاق بالتقادم ، حتى لو كان هذا الحق غير مستمر بالمعنى الخاص ، وقد تقدم بيان ذلك . وكذلك الظهور في الحيازة ، غيره في حق الارتفاق ، ولكن هنا يطلب القانون الظهور بمعناه الخاص في حق الارتفاق ، أى أن يكون لهذا الحق معالم ظاهرة ، حتى تؤدي الحيازة إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم . وقد منا أن التقنين المدني الجديد يخلط ما بين الظهور في حق الارتفاق والظهور في الحيازة ، ويجعلهما شيئا واحدا هو الظهور في حق الارتفاق لاعتبارات عملية (٣) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٧٣ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حقوق الارتفاق ، ومبدأ حق الشرب ، إنما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكتسب للملكية . فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الشرب بالتقادم ، وجب علينا أن تبين في حكمها العناصر الواقعية اللازمة لثبوته ، من وضع اليد وسنن والظهور وعدم رد المالك ، حتى يتيسر لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون . ذلك لأننا قد قلنا بغير تردد أن الحق خالياً من بيان العناصر الواقعية لا يفيد أن مدعيه كان يملك حق الارتفاق الذي يزع عليه من قبل المدعى ، وأن المدعي لا يطالب في هذا الموضوع كمالاً غير الظاهر ، بل كمالاً غير الظاهر ، فإذا كانت تفتقر في التمييز بينه وبين غيره ، فلهذا (انظر مدني ١٩٤٥ مجموعة ١) . وفي النقض لاحقاً المدعي في ٢٥ كانون الأول من ١٩٤٥ ، رقم ٤) . فلهذا أيضاً لأنه لا يمكن الظهور من الحكم أن المدعي كان يملك حق الارتفاق ، بل كان يملك حق الارتفاق في حدود الأرض من مزرعة من مزارع بضعة مستعمرات تحتل من نهاية ملك جاره ، وأنه قضى في فرصة تبعد عن الجار أماليا . وأن الجار بعد ذلك قد أقام السور وزاد نصف متر في ارتفاعه حتى سبب الدفء كلها . ومنع مجال النشر أمامها من أن تمتد إلى ما وراء السور كما كان من قبل ، فهذه الحالة لا يصح وسلطاناً بأنها وضع يد لثبوت استعانة مدعيه لاكتساب صاحب اليد الحق الذي يذيعه ، ذلك لعدم انقضاء الإقليم الذي يكتسبها من ناحية تصرف صاحب المدعة وقت فتحها وبعدد . ولعدم تحقق وصف الخدوع وعدم النزاع من الجار (نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ نقض المجموعة جزء أول من ١٦٥ رقم ٥) .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٥٩١ .

وكذلك ما قررناه من وجوب توافر الحيابة على عنصرها المادى والمعنوى ينطبق هنا فى حيابة حق الارتفاق ، حتى تؤدى الحيابة إلى كسب هذا الحق بالتقادم (١) . ونقف . فى العنصر المعنوى للحيابة . عند ما سبق أن قررناه من انتفاء هذا العنصر فى أعمال التسامح (actes de simple tolérance) وفى اتيان الرخصة من المباحات (actes de pure faculté) (٢) ، لنعيد فى إيجاز ما قدمناه فى هذا الشأن مطبقاً على حيابة حق الارتفاق .

٥٩٦ - أعمال التسامح فى حيابة حق الارتفاق لا تؤدى إلى كسب

بالتقادم : وأكثر ما ترد أعمال التسامح فى حيابة حق الارتفاق . فهى تتضمن حيابة مادية لحق الارتفاق ، أى أعمالاً تعتبر استعمالاً فـلـبـا لهذا الحق . ولكن صاحب العقار المرتفق به لا يحمل هذه الأعمال على تحمل الاعتداء على عقاره ، بل يكون قد رخص لجاره فى القيام بها . ترخيصاً صريحاً ، أو ترخيصاً ضمناً بالسكوت عليها . فيكون هذا تسامحاً منه نحو جاره ، محافظة منه على حسن الجوار . وكذلك الجار الذى يستعمل حق الارتفاق إنما يستعمله لا بقصد الاعتداء على ملك جاره ، بل هو يستعمله بناء على هذا الترخيص الصريح أو الضمنى الصادر له من جاره . فتكون الحيابة هنا قد تجردت عن عنصرها المعنوى وهو عنصر القصد ، ولذلك لا تقوم . ومن ثم لا تؤدى إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم . فإذا أقام الجار بناء فى الحد الفاصل بين أرضه وأرض جاره وكانت الأرض الأخيرة أرضاً فضاء ، وفتح الجار نافذة فى الحائط المقام فى الحد الفاصل ، فيغلب أن يترك صاحب الأرض جاره يفتح المطل على سبيل التسامح ، لأن فتح المطل فى هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضيره أن يفتح جاره مطلقاً عليها . وتكون حيابة صاحب المطل قائمة على تسامح من الجار ، فهى حيابة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد ، فلا يكسب حق ارتفاق بالمطل ولو بقى المطل مفتوحاً خمس عشرة سنة أو أكثر . وإذا كانت الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، ولكن صاحبها مر فى أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر ، وثبت أن الجار قد ترك

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٧ وما بعدها .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

جاره يمر في أرضه على سبيل التسامح ، فعند ذلك تكون حيازة هذا الأخير لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد . فلا يستطيع أن يكسب حق المرور بالتقادم ولو بقي يمر في أرض الجار خمس عشرة سنة أو أكثر .

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الأعمال التي قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح ، فلا تكسبه هذه الأعمال حق الارتفاق بالتقادم . وينظر القاضي في ذلك إلى مقدار ما تحدثه هذه الأعمال من مضايقات للجار . وإلى مقدار ما لهذا الجار من مصلحة في معارضة هذه الأعمال . فإذا لم تكن هذه الأعمال من شأنها أن تضايق الجار كثيراً ، وكان لهذا الجار مصلحة في عدم معارضتها حفاظاً منه على حسن الجوار ، ورعاية منه لما يقوم بينه وبين جاره من علاقة ود لا ينبغي أن يعكس صفاءها ، أمكن أن يستخلص من كل ذلك أن الجار قد احتمل من جاره هذه الأعمال على سبيل التسامح . وأن هذا الأخير لم يقيم بهذه الأعمال اعتداء على حق الجار ولكن لما آتته من روح التسامح عند هذا الجار » (١) .

٥٩٧ - إتيان الرخصة من المباحات لا يؤدي إلى كسب حق ارتفاق

بالتقادم : وقد مرنا (٢) . أن الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدني تنص على أنه « لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات . أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح .

والعمل الذي يأتيه الشخص على أنه رخصة من المباحات هو محض رخصة يأتيها ، وليس لأحد أن يمنعه منها . فلا هو في إثباتها حاز حق ارتفاق ولو محض حيازة مادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده قصد استعمال حق ارتفاق . ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة ، لتخلف عنصرها المادي والمعنوي معاً . ففي حين أن أعمال التسامح يقوم بها العنصر المادي للحيازة دون عنصرها المعنوي ، إذا باتيان رخصة من المباحات لا تقوم به الحيازة أصلاً ، لا في عنصرها المعنوي ولا في عنصرها المادي . فإذا فتح شخص مطلاً مستوفياً لقبه المسافة .

(١) انظر في كل ما تقدم آنفاً فقرة ٢٦٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

فهو في ذلك إنما يستعمل رخصة في حدودها القانونية . ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا في حدود ملكه . لأن صاحب المثل لم يكسب حق ارتفاع قبل جاره بفتح المثل . إذ هو لم يأت في ذلك إلا برخصة من المباحات . وإذا أقام شخص حائطا على حدود ملكه ، وفتح في هذا الحائط منورا مستوفيا لشروطه . فهو في فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات ولم يقصد من فتح المنور الاعتداء على حق لأحد ، ولم يقع فعلا أي اعتداء على حق لأحد . فلا تقوم له حيازة في هذه الحالة . ولا يكسب حق ارتفاع قبل الجار . ويجوز للجار ، حتى لا يبقى المنور مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، أن يقيم في حدود ملكه حائطا يسد به المنور ، ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم . كذلك لو أصبح الحائط الذي فتح فيه المنور حائطا مشتركا ، فانه يجوز للجار الآخر أن يطلب سد المنور بعد أن أصبح الحائط مشتركا ، ولا يجوز لصاحب المنور أن يقول إن المنور بقي مفتوحا خمس عشرة سنة فكسب حق ارتفاع بالتقادم . ونرى من كل ذلك أن إتيان رخصة من المباحات ، كالقيام بعمل من أعمال التسامح ، لا تقوم به حيازة . ولا يؤدي إلى كسب حق ارتفاع بالتقادم .

وجوز أن تنقلب الأعمال التي يستعمل الشخص بواسطتها رخصة من المباحات ، أو التي يقوم بها على سبيل التسامح من الجار ، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عناصر الحيازة المادية والمعنوية . فتغير صفة هذه الأعمال ، وبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيازة . تصبح أعمالا تتم بها الحيازة فتصير صالحة لأن تؤدي إلى التقادم . مثل ذلك أن يأتي الجار الذي يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادي يعارض به حق المالك ، ويشعره بأنه إنما يجوز حق ارتفاع وأنه يتمسك استماله فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العنصران المادي والمعنوي . فإذا فتح شخص منورا في الحائط القائم على حدود ملكه ، ولما أراد جاره أن يبنى حائطا هو الآخر في حدود ملكه يسد المنور منه الجار من ذلك ، ورضخ جاره ذلك منع ، فإن هذا عمل مادي دل به الجار على أنه بفتح المنور لا يقصد أن يأتي رخصة من المباحات ، بل يقصد أن يستعمل حق ارتفاع . ومن ثم إذا ظل على هذه الحال خمس عشرة

سنة ، كسب حق ارتفاق بالتقادم ، ولم يستطع جاره أن يسد المنور ، وإذا أصبح الحائط المفتوح فيه المنور حائطا مشتركا لم يجز أيضا سد المنور فقد كسب الجار حق فتحه بالتقادم . وإذا عمد الجار الذي يمر في أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف المكان الذي يمر فيه وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده ، مما يقطع في أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة التي توافر فيها عنصرها المادي والمعنوي ، واستدر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار ، فإن الحيازة تنتج أثرها وتكسب صاحبها حق ارتفاق بالمرور (١) .

٣٩ - مدة التقادم

٥٩٨ - مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي : لما كان حق الارتفاق

عقارا ، وكان كسب العقاز بالتقادم إما أن يكون بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير . فإن المادة ٦٩٠ مدني فرنسي خرجت على هذه القاعدة العامة إذ جاءت محددة لنوع التقادم الذي يكسب به حق الارتفاق ، فهي تقول : « الارتفاقات المستمرة الظاهرة تكسب بالسند أو بالحيازة مدة ثلاثين سنة » . وإزاء هذا النص الصريح ، جرى القضاء والفقهاء في فرنسا على أن حق الارتفاق لا يكسب إلا بالتقادم الطويل ، أي بحيازة تدوم ثلاثين سنة كما تصرح المادة ٦٩٠ مدني فرنسي سالف الذكر ، فحق الارتفاق إذن لا يكسب بالتقادم القصير أي بحيازة تدوم ما بين عشر سنوات وعشرين سنة (٢) . ويستند هذا الرأي : إلى جانب صريح نص المادة ٦٩٠ مدني فرنسي سالف الذكر ، إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي ، حيث يصرح Malleville وهو أحد واضعي هذا التقنين بأنه « بالنسبة إلى كسب حقوق الارتفاق ، لا يقر

(١) انظر في كل ذلك آنفاً فقرة ٢٦٨ .

(٢) نقض فرنسي ١٠ ديسمبر سنة ١٨٣٤ دالوز ٣٥ - ١ - ٦٥ - ٢٣ نوفمبر سنة

١٨٧٥ - صريح ٧٦ - ١ - ١٠٣ - بين السون ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ٢ - ٢٠٨ - ديمونومب ١٢ فقرة ٧٨١ - لوران ٨ فقرة ١٩٤ - تولييه ٣ فقرة ٦٣٠ - ماركاديه تحت المدة ٦٩٠ فقرة ٢ - ديمانت ٢ فقرة ٥٥٦ مكررة - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ١٠٩ و ١٠٥ - بردرى وشوفو فقرة ١١١٣ .

التنين المدنى من أنواع التقادم إلا التقادم الطويل ومدته ثلاثون سنة . هذا إلى حجة منطقية يضيفها أصحاب هذا رأى ، فيقولون إن السبب فى جواز كسب الملكية ذاتها بالتقادم القصير وعدم جواز كسب حق الارتفاق بهذا النوع من التقادم يرجع إلى أن حيازة الملكية أى حيازة الشيء محل الملكية ، أمر محسوس يمكن التثبت منه أكثر من التثبت من حيازة حق الارتفاق ، إذ أن حيازة حق الارتفاق تدق كثيرا ، فلم ير المشرع الفرنسى أعمال التقادم القصير بالنسبة إليها ، ولم يفسح المجال فيها إلا للتقادم الطويل (١) .

وينتقد جانب من الفقه الفرنسى هذا الرأى (٢) ، ويذهب إلى أن المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى ، عندما قررت أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة مدة ثلاثين سنة ، إنما أرادت أن تستبعد قاعدة كانت مقررة فى القانون الفرنسى القديم (٣) ، وكانت تقضى بأن حق الارتفاق لا يكسب بالتقادم إلا إذا كان مصحوبا بسند . فأراد المشرع الفرنسى أن يعدل عن هذه القاعدة القديمة ، وأن يجعل حق الارتفاق يكسب بالتقادم كسائر الحقوق العينية ولو لم يكن مصحوبا بسند . ولم يتمثل وقت وضع المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى إلا حالة ما إذا كان حائز العقار المرتفق به هو مالكة الحقيقي كما هو الغالب ، فقرر أن من يحوز حق ارتفاق على هذا المتار يملكه بالحيازة مدة ثلاثين سنة ، وعنى بذلك أن حائز حق الارتفاق يملك هذا الحق بالتقادم دون حاجة إلى سند . ولم يخطر على باله وقت وضع هذه المادة حالة التقادم القصير ، وهى حالة معقدة تقضى أن يكون حائز العقار المرتفق به هو غير مالكة الحقيقي وقد رتب على هذا العقار حق ارتفاق بموجب الاتفاق ، حتى يقال إنه أراد بنص المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى استبعاد تملك حق العقار فى هذه الحالة بالتقادم القصير . فالمادة ٦٩٠ مدنى فرنسى لا شأن لها إذن بنوع التقادم الذى يكسب به حق الارتفاق ، وكل

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٥١ ص ١٠٩ هامش ١ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٣

ص ٨٤٢ .

(٢) دبرانتون ٥ فقرة ٥٩٣ - ترولون فى التقادم ٢ فقرة ٨٥٦ - بيدان ٤ فقرة ٧٦٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٩ - جرسران ١ فقرة ١٩٩٦ - مازو فقرة ١٧٢٠ - وانظر مارتى ورينو فقرة ١٥٤ .

(٣) عادات باريس وأورليانس (coutumes de Paris et d'Orléans) .

ما أرادت أن تقول هو أن حق الارتفاق يكسب بالتقادم دون حاجة إلى سند. ولما كانت المادة ٢٢٦٥ مدني فرنسي تقرر في نص عام شامل أن العقار يكسب بالتقادم القصير إذا كان هناك سبب صحيح واقرنت الحيازة بحسن النية ، فإن حق الارتفاق كغيره من العقارات يدخل في عموم هذا النص ، ويجوز أن يكسب هو الآخر بالتقادم القصير متى وجد السبب الصحيح وحسن النية . وإذا لم يكن هناك شك في أن حق الملكية يكسب بالتقادم القصير . فكيف ينكر على حق الارتفاق ، وهو دون حق الملكية مرتبة ، أن يملك هو أيضا بالتقادم القصير (١)

٥٩٩ - مدة التقادم في التقنين المدني المصري : أما في التقنين المدني

المصري ، فالمسألة لا تحتل أي خلاف . فإن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدني ، كما رأينا (٢) ، تنص على ما يأتي : « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » . فلم تنقل ما قرره المادة ٦٩٠ مدني فرنسي من أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة المدة الطويلة ، بل قررت أن حق الارتفاق الظاهر يكسب بالتقادم اطلاقا ، دون تمييز بين التقادم الطويل والتقادم القصير . فلم يعد هناك محل ، في القانون المصري ، لثوق في كسب حق الارتفاق على التقادم الطويل دون التقادم القصير . بل يجب القول دون أي تردد أن حق الارتفاق ، في القانون المصري ، يكسب بالتقادم القصير كما يكسب بالتقادم الطويل ، متى كان حق الارتفاق ظاهرا .

فحق الارتفاق الظاهر يكسب إذن بالتقادم الطويل ، أي بحيازة تدوم خمس عشرة سنة . فإذا حاز شخص على عقار جاره حق ارتفاق ظاهر ليس له كحق مثال أو حق مرور . واستمر حائزا له مدة خمس عشرة سنة . وتوافرت في الحيازة عناصرها المادية والمعنوية وكذلك توافرت شروطها .

(١) بيدان ٤ فقرة ٧٦٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٥ - بلانيول وريبير

وبلاخي ١ فقرة ٣٧٥ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٥٦٠ .

فإن الحائز لحق الارتفاق يمتلك هذا الحق بالتقدم الطويل (١) .

وحق الارتفاق الظاهر يكسب أيضا بالتقدم القصير ، أى بحيازة تدوم خمس سنوات . فإذا كان حائز العقار المرتفق به لا يملكه ، سواء كان حائزا بحسن نية أو بسوء نية . ورتب على العقار الذى يحوزه حق ارتفاق بالمطل أو حق ارتفاق بالمرور مثلا ، بموجب اتفاق بينه وبين مالك العقار المرتفق ، فإن هذا الأخير لا يملك حق الارتفاق بهذا الاتفاق ، لأن الاتفاق صادر من غير مالك . ولكن إذا كان حسن النية أى يعتقد أنه تعاقد مع المالك ، وحاز حق الارتفاق حيازة مستوفية لعنصرها ولشرائطها ، وكان حق الارتفاق ظاهرا ، ودامت حيازته خمس سنوات ، فإنه يمتلك حق الارتفاق بالتقدم القصير (٢) .

(١) وإذا كان العقار المرتفق به مرقوقا . كانت مدة التقدم المكسب ثلاثا وثلاثين سنة (استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ اجازة ١٠ رقم ١٣٩ ص ٢٨٦ - استئناف مغلط ٥ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٢٩) .

ولا بد من إثبات انقضاء مدة التقدم ، فلا يكفي القول بأن حق الارتفاق قائم منذ زمن بعيد ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اقتصر الحكم الصادر بثبوت حق الارتفاق بالرى من ترعة على القول بأنه تبين من تقرير الخبير أن « لأرض التوقف سواقي ومرأوى تأخذ المياه من هذه التريعة ، وأن حالتها تدل على أنها عملت من زمن قديم جداً ، فعق الرى إذن من هذه التريعة قد ثبت قانونا لأرض التوقف منذ كانت هذه التريعة مروى قبل أن توسعها الحكومة » ، فهذا حكم لا يكون مشهورا بتفسيره (نفسه) نفس من ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة الكتب حتى لأحكام النص فى خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٢) ، وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٤ . وقضت أيضاً بأنه إذا ألفت المحكمة قضاءها بثبوت حق الارتفاق على الحكم الصادر بمنع تعرض المدعى عليه للمدعى فى حق ارتفاق الرى ، مع أن هذا الحق لم يثبت بعد وكل ما أثبتته المحكمة المذكور هو مجرد حيازة ظاهرة على المستقضى يحجبها القانون دون بحث فى أصل الحق من أساسه ، الأمر الذى كان يتعين منه على المحكمة مراعاة هذا الأساس . وإذا هى لم تفعل ولم تلق بالآلة إلى مدى الفرق بينهما ، مما كان له أثر فى قضائهما من حيث تحديد مدة التعرض وتقدير التمويض وتقويم عناصره وانسحاب أثر ذلك التقدير إلى بدء التعرض المدعى به وتحديد مقابله عن مدة سابقة مع منازعة المدعى عليه فى نشوء ملكيته فى تلك المدة ، فإن حكمها يكون مدموم الأساس القانونى مما يستوجب نقضه (نقض مدنى ٢ يونيو سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٣) .

(٢) استئناف مغلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٢٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ .

أما بالنسبة إلى حائز العقار المرتفق به . فإنه ، إذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح ، يملك هذا العقار بالتقدم القصير . فلا يبرود ذلك محل فى هذه الحالة لحائز حق الارتفاق أن -

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على قيام حق الارتفاق

٦٠٠ - نص قانوني : تنص المادة ١٠١٩ مدني على ما يأتي :

« تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها ، ولما جرى به عرف الجهة ، وللأحكام الآتية » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠ فقرة ٢/٥١ فقرة ٢. (٢)

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٩٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٢٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٨٤ (٣) .

= يتمسك بالتقادم القصير ، لأن حائز العقار المرتفق به يكون قد تملك هذا العقار بالتقادم وذلك بآثر رجعي ، فيتبين أنه وقت أن رتب حق الارتفاق على العقار كان يملكه ، فيترتب حق الارتفاق بالارتفاق لا بالتقادم . وإذا كان حائز العقار المرتفق به سيء النية ، أو لم يكن لديه سبب صحيح ، فإنه لا يتمسك العقار إلا بالتقادم الطويل ، أي بحيازة تدوم خمس عشرة سنة . وفي هذه الحالة وحدها يكون لحائز حق الارتفاق مصلحة في أن يتمسك بالتقادم القصير ، إذ أنه يتمسك حق الارتفاق بهذا التقادم قبل أن يتمسك حائز العقار المرتفق به هذا العقار بالتقادم الطويل ، فليس ثم حائز حق الارتفاق إذا أراد استبقاء هذا الحق إلا أن يتمسك بأنه قد تمسك بالتقادم القصير .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ - ص ٦٢٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠ فقرة ثانية/٥١ فقرة ثانية : الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة المبرى ، وتنتج فيه شروط المعقد التي ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد . (وحكم التقنين المدني السابق لا يختلف في مجموعه عن حكم التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢/٩٨٧ : ويحدد استهلاك هذه الارتفاقات ومدتها بالسند الذي يحدتها . وإذا لم يكن هناك سند فبالقواعد التالية . (والنص يوافق التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٢ (مطابق) .

تقنين المدني العراقي م ١٢٧٥ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية لبناني م ٢/٨٤ : ويحدد

استهلاك هذه الارتفاقات ومدتها بالسند الذي يحدتها . وإذا لم يكن هناك سند فبالقواعد التالية . (والنص يطابق نص التقنين السوري . والنص الأخير مأخوذ منه . وهو موافق لتقنين المصري) .

ويخلص من هذا النص أن ما ينتج حق الارتفاق من آثار يبينه عادة سند إنشائه ، من عقد أو وصية . فما ورد في السند أو في الوصية في هذا الشأن يجب اتباعه ، لأن الإرادة هنا هي مصدر حق الارتفاق وهي التي تبين مداه وترسم حدوده . وإذا كان حق الارتفاق قد كسب بالتقادم ، فإنه يكسب في نطاق الحياة التي كانت أساسا للتقادم . وإذا كسب هذا الحق بتخصيص المالك الأصلي ، فهذا التخصيص هو أساس الاتفاق الضمني الذي يقوم عليه هذا المصدر ، وهو الذي يعين مدى حق الارتفاق ويرسم حدوده كما في العقد والوصية .

وإلى جانب ذلك ، يجب مراعاة عرف الجهة ، فيما لا يتعارض مع ما تقدم .

ثم إن هناك أحكاما أوردتها القانون ، تكمل هذا وذلك فيما لا يتعارض معهما ، وهذه الأحكام هي التي تتولى بحثها هنا . وبعضها يبين آثار حق الارتفاق بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق ، وبعض آخر يبين هذه الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به .

المبحث الأول

الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق

٦٠١ - مآلناه : نبحث هذه الآثار : (١) من حيث تحديد مدى حق

الارتفاق واستعمال هذا الحق . (٢) ومن حيث الدعاوى المخولة للمالك العقار المرتفق .

§ ١ - تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق

٦٠٢ - تحديد مدى حق الارتفاق : قدمنا (١) أن مدى حق الارتفاق يتحدد تبعاً للسبب الذي أنشأ هذا الحق .

فإن كان سبب إنشائه العقد أو الوصية ، وجب الرجوع إلى ما يقرره السند في هذا الشأن . ويفسر القاضي إرادة المتعاقدين أو إرادة الموصي طبقاً للتواعد المقررة في تفسير الإرادة ، وهو في تفسيره هذه الإرادة يبت في مسألة

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠٠ .

موضوعية ، لا معقب عليه فيها من محكمة النقض (١) . ويراعى القاضى فى تفسيره للسند ، ليجدد مدى حق الارتفاق ، أن يوفق ما بين فائدة العقار المرتفق وبين إلقاء أقل عبء على العقار المرتفق به ، مع ملاحظة أن يكون التفسير فى مسائل حق الارتفاق تفسيراً ضيقاً (٢) .

وإن كان سبب إنشاء الارتفاق تخصيص المالك الأصلي ، فإن مدى حق الارتفاق يتحدد بهذا التخصيص ، وهو الذى وقع عليه الاتفاق الضمنى ما بين المالك الأصلي وصاحب العقار الآخر (٣) .

وإن كان سبب إنشاء الارتفاق التقادم : فإن الحيابة التى كانت أساساً للتقادم هى التى تحدد مدى الارتفاق ، ويقدر ما حاز صاحب العقار المرتفق من حق الارتفاق حيابة مستوفية لعنصرها ولشرائطها يكون تحديد مدى حق الارتفاق الذى كسب بالتقادم (tantum prescriptum, quantum possessum) . فإذا كان صاحب العقار المرتفق قد كسب بالتقادم أن يفتح نافذتين على مسافة أقل من المسافة القانونية فى الطابق الأوسط من بنائه ، فهذا القدر يتحدد مدى حق ارتفاقه بالمطل ، وليس له أن يفتح إلى جانب النافذتين نافذة ثالثة ،

(١) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٣٢٤ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ - ١ - ١٠٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٧٠ - ٢٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٤ هامش ٢ - ولكن ذلك لا يمنع من أن تفسر عبارات المقد أو الوصية ، فى ارتفاق بالمطل رتبة هذا السند فى عبارات واسعة ، بأن هذه العبارة تفيد أن الارتفاق يشمل أيضاً ارتفاقاً بعدم البناء ولو فى حدود المسافة القانونية ، فيقلب الارتفاق بالمطل على هذا النحو ارتفاقاً بالرؤية (بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - نقض فرنسى ٢٩ يونيو سنة ١٨٩١ دالوز ٩٣ - ١ - ٣٩) . ويصح أيضاً أن يكون مالك العقار المرتفق قد وسع من حق الارتفاق عما كان عليه فى السند أو ضيق منه ، عن طريق التقادم المكسب أو عن طريق عدم الاستعمال (بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - مارك ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٧٦ هامش ٦ - نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ - ١٨٤ : يعتد بالحيابة وتفسير السند)

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧ ص ٨٥٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ١٤٦

ولا أن يسد نافذة من النافذتين ويفتح نافذة بدلا منها في طابق أعلى أو في طابق أسفل (١) .

وبلاحظ أنه في تحديد مدى حق الارتفاق ، أيا كان سبب إنشائه ، يجب أن يتضمن هذا الحق كل ما هو ضروري لاستعماله . وتنص المادة ٦٩٦ مدني فرنسي في هذا المعنى على أنه « إذا رتب حق الارتفاق ، فالمفروض أنه يتضمن كل ما هو ضروري لاستعماله . فالارتفاق باعتراف المياه من عين للغير يتضمن بالضرورة حق المرور » (٢) . والارتفاق بالشرب قد يتضمن حق المحرق ، أى الحق في حفر مسقاة تجري منها المياه إلى الأرض المرتفعة . ويجب أن يكون الحق الذي يتضمنه الارتفاق ضروريا لاستعماله ، ولا يكفي أن يكون نافعا . فالارتفاق باعتراف لا يتضمن ضرورة حق المرور ، حتى لو كان هذا الحق من شأنه أن ييسر استعمال حق الارتفاق (٣) . والارتفاق الإضافي يتبع الارتفاق الأصلي في مصيره ، فإذا انقضى الارتفاق الأصلي ولو بعدم الاستعمال انقضى تبعاً له الارتفاق الإضافي . وإذا لم يستعمل صاحب العقار المرتفق الارتفاق الأصلي المدة الكافية لزواله بعدم الاستعمال ، لم يمنع من زواله أن يستعمل صاحب العقار المرتفق الارتفاق الإضافي وحده (٤) .

٦٠٣ - مجزئة العقار المرتفق في نص فالنوني : تنص المادة ١٠٢٤ مد - على ما يأتي :

١ - إذا جرىء العقار المرتفق ، بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه : على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به .

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٢ - بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧ ص ٨٥٩ -

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - نقض فرنسي ٤ يولييه سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٣ - ٣٥٦ - ١ .

(٢) أنظر أيضاً م ٩٨٨ مدني سوري ، وم ٨٥ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٥ - بودرى وشوفو فقرة ١١٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٦ ص ٩٥٦ .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٥ - بودرى وشوفو فقرة ١١٢٦ ص ٨٥٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٠٦ .

٢ - غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى » (١) .

ويخلص من هذا النص أن مدى حق الارتفاق يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق . وتجزئة العقار تتم بطرق مختلفة . فيجوز أن تتم بقسمة العقار قسمة إفراز ، ويختص كل شريك بجزء مفرز ، وفي هذه الحالة يتعدد حق الارتفاق بتعدد الأجزاء المفرزة ، ويكون لكل جزء مفرز نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به ، ولكن بشرط ألا يترتب على ذلك أية زيادة في عبء حق الارتفاق الأصلي . وقد تتم تجزئة العقار بأن يباع جزء منه لأجنبي ، فيصبح العقار مجزأً إلى قسمين وفي هذه الحالة أيضاً يكون لكل جزء منهما نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به ، على ألا يترتب على ذلك أية زيادة في عبء حق الارتفاق . وقد تتم تجزئة العقار بأن يرثه أكثر من واحد ، وفي هذه الحالة يبقى حق الارتفاق كما هو ، ولكن يستعمله أشخاص متعددون دون أن يزيدوا في عبئه (٢) . ونرى من ذلك أنه في جميع الأحوال التي يتجزأ

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٣ - ص ٦٤٤) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٩١ : ١ - إذا جرى العقار المرتفق ، يبقى حق الارتفاق لكل جزء من أجزائه دون أن يزيد العبء من جراء ذلك على العقار المرتفق به . ٢ - في حق المرور يتحتم على جميع الشركاء بالملك أن يستعملوه بنفس الوضع .

(والتقنين السوري يوافق التقنين المصري ، غير أنه لم يورد ما يقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ مصرى) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٩ (مطابق) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٨٨ (مطابقة للمادة ٩٩١ سوري ، ونص المادة الأخيرة خاضعة منها) .

(٢) بودري وشوفر فقرة ١١٣٨ ص ٨٧٠ .

فيها العقار ، لا يتغير مدى حق الارتفاق ، حتى لو تجزأ إلى حقوق متعددة ، وحتى لو تعدد من يستعمله . والمهم هو ألا يترتب على تجزئة العقار زيادة في عبء حق الارتفاق ، كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٤ مدني سالفة الذكر : « على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به » . فإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الرمل أو مقدار معين من الأحجار من الأرض المرتفق بها ، وتجزأ العقار على النحو الذي قدمناه فتجزأ حق الارتفاق إلى حقوق متعددة أو تعدد مستعملوه ، لم يجوز أن يكون مجموع ما يؤخذ من الرمل أو من الأحجار من الأرض المرتفق بها بعد تجزئة العقار المرتفق أكثر مما كان يؤخذ قبل تجزئة هذا العقار . وإذا كان حق الارتفاق هو حق مرور من موضع معين من الأرض المرتفق بها ، وتجزأ العقار المرتفق ، فإن حق المرور بعد هذه التجزئة يجب أن يستعمل دائماً في هذا الموضع العين دون أن يتعداه (١) .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ مدني سالفة الذكر على ما يأتي : « غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى » . فإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ الكمية اللازمة من الأسمدة من الأرض المرتفق بها لتسميد كل الأرض المرتفقة ، ثم تجزأت هذه الأرض الأخيرة إلى جزأين متساويين ، فإن كل جزء يختص بنصف كمية الأسمدة التي كانت تؤخذ من قبل . فإذا كانت الأرض المرتفقة قد جزئت بين شريكين حتى يقيم أحدهما في الجزء الذي اختص به مصنعا ويستبقى الشريك الآخر أرضه مخصصة للزراعة كما كانت ، فإن حق الارتفاق يبقى بالنسبة إلى هذه الأرض الأخيرة فتأخذ من الأرض المرتفق بها نصف كمية الأسمدة التي كانت تؤخذ من قبل . أما الجزء الذي خصص لبناء المصنع فلم يعد في حاجة إلى السباد لأنه لم يبق

(١) وتنص المادة ٧٠٠ / ٢ مدني فرنسي صراحة على هذا الحكم فتقول : « فلا إذا كان حق الارتفاق هو حق مرور ، فإن جميع الملاك في الشيوع أن يستعملوا هذا الحق في نفس الموضع » (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ - وانظر فيما يتعلق بحق المرافعة المياه برودي وشوفو فقرة ١١٣٨ ص ٨٧١) .

أرضاً زراعية ، فيكون لمالك العقار المرتفق به في هذه الحالة أن يطلب زوال حق الارتفاق بالنسبة إلى هذا الجزء (١) .

٦٠٤ - تجزئة العقار المرتفق به - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٥

مدني على ما يأتي :

١ - إذا جرى العقار المرتفق به ، بقي حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه .

٢ - غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي يملكه (٢) .

ومخلص من هذا النص أن مدى حق الارتفاق يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق به ، كما رأينا به يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق . وتم تجزئة العقار المرتفق به بالطرق نفسها التي تم بها تجزئة العقار المرتفق ، وقد بينا ذلك فيما تقدم (٣) .

فإذا جرى العقار المرتفق به ، صار كل جزء منه محملاً بنفس حق الارتفاق الذي كان العقار كله محملاً به من قبل . فإذا كان مضمون حق الارتفاق هو عدم البناء في الأرض المرتفق بها ، وجزئت هذه الأرض ، فإن كل جزء منها يكون محملاً بنفس حق الارتفاق وهو عدم البناء في هذا الجزء (٤) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٥ - ص ٦٤٧) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني للسوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٠ (مطابق) .

قانون الملكية المتارية اللبناني لا مقابل .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٠٣ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ .

وإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الأحجار من محجر هو العقار المرتفق به ، وجزىء هذا المحجر إلى ثلاثة أجزاء متساوية ، فإن كل جزء منه يكون محملاً بحق ارتفاق هو أن يؤخذ منه ثلث كمية الأحجار التي كانت تؤخذ من قبل من المحجر كله (١) .

وإذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع ولا يمكن استعماله على بعض الأجزاء التي انقسم إليها العقار المرتفق به ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٥ مدني سالفة الذكر ، فمالك كل جزء من هذه الأجزاء التي لا يمكن استعمال حق الارتفاق عليها أن يطلب زوال حق الارتفاق عن الجزء الذي يملكه ، إذ يصبح حق الارتفاق على هذه الأجزاء في هذه الحالة غير ذي موضوع . فإذا كان حق الارتفاق هو حق مرور من موسع معين في الأرض المرتفق بها ، أو حق شرب من مسقاة في الأرض المرتفق بها ، أو حق اغتراف المياه من عين في الأرض المرتفق بها ، أي كان حق الارتفاق بوجه عام مركزاً في مكان معين في الأرض المرتفق بها ، وتجزأت هذه الأرض ، فإن الجزء الذي يقع فيه مكان حق الارتفاق ، أي الجزء الذي يقع فيه طريق المرور أو المسقاة أو العين ، هو وحده الذي يبقى محملاً بحق الارتفاق كاملاً كما كان من قبل تجزئة العقار المرتفق به . ولأن كل جزء آخر من الأجزاء التي لا يقع فيها مكان حق الارتفاق أن يطلب زوال هذا الحق من الجزء الذي يملكه ، لأن الحق لا يستعمل ولا يمكن أن يستعمل في هذا الجزء (٢) . ويتفق ملاك الأجزاء المختلفة التي انقسم لها العقار المرتفق به فيما بينهم على تعويض مالك الجزء المرتفق به الذي يقع فيه مكان حق الارتفاق ، والذي تحمل وحده دون سائر الأجزاء عبء هذا الحق .

٦٠٥ - استعمال من الارتفاق - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٠ مدني .

على ما يأتي :

(١) ديمولوب ١٢٠١٢ - لوران ٨ - فقرة ٢٨٤ - بلانيول وريبير ويكار

٣ فقرة ٩٧٧ - وقارن بودري وشوفو فقرة ١١٣٩ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية

ص ٦٤٦ - وأنظر بودري وشوفو فقرة ١١٣٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٧٧ .

١٥ - لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه ، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عنه أقل ضرر ممكن .

٢ - ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق (١) .

وبخلاص من هذا النص أن مالك العقار المرتفق ، في استعماله لحق الارتفاق ، يملك أن يقوم بما هو ضروري من الأعمال لاستعماله . فإذا كان له حق ارتفاق بالمرور ، وكان استعمال هذا الحق يقتضي أن يقيم جسراً فوق ترعة أو مصرف ، أو كان له حق ارتفاق بالمجرى وكان استعمال هذا الحق يقتضي أن يحفر قناة تجري فيها المياه ، أو كان له حق ارتفاق بالشرب من بئر إرتوازي وكان استعمال هذا الحق يقتضي أن يقيم على البئر مضخة يجلب بها المياه ، كان له

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن نص المشروع التمهيدى كان يقسم الفقرة الأولى إلى فترتين ، تبدأ الفقرة الثانية منها بعبارة : «إلا أن عليه أن يستعمل حقه على الوجه إلخ إلخ» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠٤ في المشروع النهاى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ضمت الفقرتان الأولى في فقرة واحدة لارتباط الحكم ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٤ - ص ٢٣٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٨٩ : لمالك العقار المرتفق الحق في أن يقيم في العقار المرتفق به كل المنشآت اللازمة لاستعمال هذا الارتفاق وصيانته .

م ٤/٩٩٢ : وكذلك من له حق ارتفاق لا يمكنه استعماله إلا وفقاً لمنطوق سنده ولا يجوز له أن يحدث في أرضه أو في العقار المرتفق به أى تعديل من شأنه إرهاب هذا العقار .

(وهذه الأحكام موافقة لأحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني المراقى م ١٢٧٦ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٨٦ (مطابقة للمادة ٩٨٩ مدنى سورى ، وهذه المادة

الأخيرة مأخوذة منها) .

م ٤/٨٩ (مطابقة للمادة ٤/٩٩٢ مدنى سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

أن يقيم الجسر أو يحفر القناة أو يقيم المضخة : وكل هذه أعمال ضرورية لاستعمال حق الارتفاق . وكذلك بحق مالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري للمحافظة على حق الارتفاق . فإذا كان له حق ارتفاق بالمرور ، كان له أن يعبد الطريق الذي يمر منه ، وأن يرصفه عند الاقتضاء ، وأن يقوم بالإصلاحات اللازمة التي تقتضيها صيانة الطريق (١) . ويجب أن يكون القيام بهذه الأعمال على الوجه الأقل ضرراً للعقار المرتفق به ، ولصاحب هذا العقار الأخير أن يحدد ميعاداً معقولاً للفراغ منها (٢) ، ويبقى مالك العقار المرتفق حراً في أن يقوم بهذه الأعمال أو ألا يقوم بها ، فهذا حقه وليس واجباً عليه . ولكن إذا لم يقيم بها ، وتسبب عن ذلك ضرر للعقار المرتفق به من جراء استعمال حق الارتفاق ، كان مالك العقار المرتفق مسئولاً عن التعويض (٣) .

ومالك العقار المرتفق ، في استعماله لحق الارتفاق ، يجب عليه من جهة ألا يجاوز حدود هذا الحق ، ويجب عليه من جهة أخرى ، حتى لو لم يجاوز هذه الحدود أن يستعمل حق الارتفاق على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن فلا يسمى استعمال هذا الحق . ونبحث كلا من الواجبين .

فالواجب الأول هو ألا يجاوز مالك العقار المرتفق حدود الارتفاق ، لا من حيث مقدار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق . فلا يحق له أن يجاوز حاجات العقار المرتفق إلى حاجات عقار آخر ، فحق الارتفاق إنما نشأ للوفاء بحاجات عقار معين . وكما لا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يستوفي حاجات هذا العقار من غير العقار المرتفق به ، كذلك لا يجوز أن يستوفي من العقار المرتفق به حاجات عقار غير العقار المرتفق . ومجاورة العقار المرتفق إلى عقار آخر ، كمجاورة العقار المرتفق به إلى غيره من العقارات ، يعتبر في الحالتين

(١) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠ - بلانيرول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ - وبديهي أن مالك العقار المرتفق يقوم بهذه الأعمال جميعاً في العقار المرتفق به ، بل إن النص (م ١/١٠٢٠ مدني) لا حاجة له إلا لهذا الغرض ، لأن القيام بأعمال في العقار المرتفق هو من حق مالك هذا العقار دون حاجة إلى نص على ذلك (بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠ .

(٣) نقض فرنسي ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ سيده ٧٧ - ١ - ٢٩٦ - بودرى وشوفو

مجاورة لحدود الارتفاق (١) . كذلك لا يجوز للمالك العقار المرتفق أن يجاور حدود حق الارتفاق من حيث مضمون هذا الحق . فإذا كان الارتفاق حق مرور مقصوراً على المشي ، لم يجوز للمالك العقار المرتفق أن يمر راكباً (٢) ، أو أن تمر معه المواشي (٣) . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٠ مدني سالفة الذكر : « ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق » . فإذا تقرر حق ارتفاق بالمرور لفائدة منزل للسكنى ،

(١) على أنه يجوز للمالك العقار المرتفق إذا لم يجاوز حاجة عقاره ، كما لو أخذ كمية المياه اللازمة لرى أرضه من مساقاة العقار المرتفق به ولم يزد عليها ، أن يستعمل المياه التي تتخلف عن رى أرضه في أغراضه ، كرى أرض مجاورة أو استخدام المياه لحاجات مصنع أقامه بجانب الأرض أو استخدامه كقوة محرّكة (بودري وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٢ ص ٩٦٢) .

(٢) نقض فرنسي ١٩ مارس سنة ١٨٦١ دالوز ٦١ - ١ - ١٦٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع المدعى عليه الدعوى بأن المدعى ، وإن كان له حق ارتفاق بالصرف ، إلا أنه لم يدع حقه على حاله وقت التقاعد ، بل إنه غير منه بأن أقام نضاحة على أطيانه ليستعين بها على صرف المياه ، فيكون من حق المدعى عليه أن يمنحه من الصرف بوضع سدود في المصرف - إذا دفع بهذا وثبتت المحكمة أن المدعى هو البائد بإحداث التغيير في مضمون هذا الحق بإقامة النضاحة ، وأن المدعى عليه لم يكن منه إلا أنه وضع سدّاً في المصرف أمام أرضه ليحول دون مرور مياه المصرف فيه حتى يحمي أرضه من انصرار الذي يلحقها من جراء ذلك ، كما اعتُظرت أن المدعى لم يمتنع على انتفاعه بالتغيير الذي أحدثه إلا فترة وجيزة لاتسأهل حماية وضع اليد ، وبناء على ذلك قضت برفض الدعوى ، فإن حكمها يكون مطابقاً للقانون (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ١) .

ويعتبر مجاوزة لمضمون حق الارتفاق أن يغير مالك العقار المرتفق أو أن يطلب تغيير المكان الذي يستعمل فيه هذا الحق دون موافقة مالك العقار المرتفق به ، حتى لو لم يحدث أي ضرر للعقار المرتفق به (بودري وشوفو فقرة ١١٣٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ - حيد المنم البدرأوى فقرة ٣١٣ - إسماعيل غانم ص ٣٦) . وقد كان المشروع المصهبي لنص المادة ١٠٢٣ مدني يتضمن نصاً يميز المالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير المكان الذي يستعمل فيه حق الارتفاق ، ولكن هذا النص قد حذف في لجنة مجلس الشيوخ لأن فيه توسيماً لحق الارتفاق وهو حق يجب أن يبقى في حدوده الضيقة (أنظر مايل ص ١٣٨٠ هامش ١) . وانظر في عهد التقنين المدني السابق ، عدم جواز أن يغير مالك العقار المرتفق مكان الارتفاق استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠٢ - وقارن استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ٦١ ص ٢٥ .

ثم استعمل جانب من هذا المنزل معهدا أو ناديا أو مستوصفا ، لم يجوز أن يترتب على ما جد من حاجات المنزل بسبب وجود المعهد أو النادي أو المستوصف أية زيادة في عبء الارتفاق . ويجب في هذه الحالة الاقتصار في حق المرور على ما كان عليه من قبل ، أو الاتفاق مع مالك العقار المرتفق به على توسيع حق المرور لمواجهة ما استجد من الحاجات (١) . ووجوب ألا يجاوز مالك العقار المرتفق حدود حق الارتفاق ، لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق ، يراعى دون نظر لما إذا كان يترتب على هذه المجاوزة ضرر للعقار المرتفق به . فحتى لو لم يترتب على المجاوزة أى ضرر ، فإن المجاوزة في ذاتها لإخلال بواجب مالك العقار المرتفق ، وتستوجب مسؤوليته (٢) .

والواجب الثانى على مالك العقار المرتفق هو ألا يساء استعمال حق الارتفاق ، حتى لو لم يجاوز حدود هذا الحق . ولكن يشترط هنا وقوع الضرر ، على خلاف ما قررناه في مجاوزة حدود حق الارتفاق . فيجب على مالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق على الوجه الذى لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن (م ١٠٢٠ / ١ مدنى سائر الذكر) ، فإن استعمله على وجه يضر بالعقار المرتفق به ضررا كان يمكن تجنبه لو أنه استعمله على وجه آخر يعود عليه بالذاتة المستحقة ، تخلفت مسؤوليته . ويترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع ، فهو الذى يبت فيما إذا كـ . مالك العقار المرتفق قد أساء استعمال حق الارتفاق (٣) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٩ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٧ - ص ٨٦٨ - أما إذا تقرر حق الارتفاق بصفة عامة ، وليس بالنظر لاستعمال معين حدد على وجه الدقة ، فإنه يجب مراعاة ، ليس فحسب الحاجات الحالية ، بل أيضاً الحاجات المستقبلية التى تستجد فيما بعد (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٠ - بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٣ ص ٩٦٤ - مارك ورينو فقرة ١٦٠ ص ١٧٩ - ص ١٨٠ - نقض فرنس ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ سيرة ١٩٢٩ - ١ - ٢٩٦) .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٠ وما بعدها - بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦٢ .

(٣) استئناف مخطط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦٥ - وانظر في أمثلة متنوعة : =

وأى إخلال بالواجبين المتقدم ذكرهما من جانب مالك العقار المرتفق جزاؤه إلزامه باعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وكذلك التعويض إن كان له مقتضى . ويترك بوجه عام لتقدير قاضي الموضوع اختيار الجزاء المناسب وفقا للظروف المختلفة . أما التعويض فلا يطالب به إلا مالك العقار المرتفق نفسه الذى ارتكب المخالفة ، لأنه مترتب فى ذمته كالتزام شخصى . وأما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، فيطالب بها مالك العقار المرتفق الذى ارتكب المخالفة وكذلك كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية هذا العقار ولو لم يكن هو الذى ارتكب المخالفة ، وذلك بأنها تكليف عيني ينقل العقار نفسه ويتبعه فى أى يد ينتقل إليها هذا العقار (١) .

٦٠٦ - نفقة الأعمال المزمعة لاستعمال من الارتفاق والمحافظة عليه

نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ - نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ، ما لم يشترط غير ذلك » .

« ٢ - فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق » .

« ٣ - وإذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » (٢) .

= نقض فرنس ١٥ مارس سنة ١٨٩٢ سيريه ١-٩٢-٣٠٩-٧ فبراير سنة ١٩٤٩ Bull. civ. ١٩٤٩ ص ١١٨ فقرة ٤٧-١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٣ جازيت دي باليه ١٩٥٤-١-١٠٩-١٢ يوليه سنة ١٩٥٤ Bull. civ. ١٩٥٤-١-٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٩٨٤ - مازو فقرة ١٧٢٣ .

(١) نقض فرنس ٧ فبراير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٤٩-١-١٤٦-١٢ ديمولوب ١٢ فقرة ٨٩٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٩٨٥ - وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٦ - ص ١٣٧ وهامش ٤ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٣ من المشروع التمهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه فى اثنتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٦ فى المشروع النهائى - تم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٣ : فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٨ - ص ٦٤٠) . =

ويخلص من هذا النص أن الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون نفقاتها في الأصل على مالك العقار المرتفق ، فببر الذي يستفيد من حق الارتفاق ، فيجب عليه تبعا لذلك أن يدفع نفقات هذه الاستفادة . ويتحمل هذه النفقات حتى لو كانت عن أعمال اقتضى اجراءها عيب في العقار المرتفق (١) ، أو اقتضاها تغيير محل الارتفاق بسبب تعديل في الوضع القائم للأشياء (٢) . أما إذا كان هناك خطأ اقتضى إجراء هذه الأعمال ، فنفتقتها تكون على من ارتكب هذا الخطأ على سبيل التعويض . فإذا كان الذي ارتكب الخطأ هو مالك العقار المرتفق به كانت نفقاتها عليه دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك (٣) ، وإذا كان هو مالك العقار المرتفق فتمسك نفقة هذه الأعمال حتى لو كان هناك اتفاق على أن تكون النفقة على مالك العقار المرتفق به (٤) . ولكن القاعدة التي تقضى بأن تكون نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق في نفس السند الذي أنشأ حق الارتفاق أو في وقت لاحق على أن تأسر نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به . وفي هذه الحالة يكون التزام هذا الأخير بنفقة الأعمال التزاماً عينياً (obligation réelle) ، إذ أن سبب الالتزام هنا هو

= ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٩٠ : إن أكلاف المنشآت اللازمة لاستعمال الارتفاق ومساكن

هي على عاتق مالك العقار المرتفق . (وهذا الحكم يوافق حكم التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٧ (مطابق) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٨٧ (مطابقة المادة ٩٩٠ مدني سوري ، وهذه المادة

الأخيرة مأخوذة منها) .

(١) بودري وشوفر فقرة ١١٣٢ ص ٨٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ -

نقص فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ - ١ - ٣٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ - نقص فرنسي ١١ ديسمبر سنة ١٨٦١

دالوز ٦٢ - ١ - ٧٩ .

(٣) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٨ - بودري وشوفر فقرة ١١٣٢ - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ - نقص فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ - ١ - ٣٣ .

(٤) بودري وشوفر فقرة ١١٣٢ ص ٨٢٥ .

ملكيته للعقار المرتفق به (propter rem) (١) . وينبني على ذلك أن هذا الالتزام لا ينتقل إلى الورثة الشخصيين لمالك العقار المرتفق به ، بل ينتقل إلى كل من تنتقل إليه ملكية هذا العقار حتى لو كان خلفاً خاصاً . وينبني على ذلك أيضاً ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ مدني سالفه الذكر ، أن يكون لمالك العقار المرتفق به أن يتخلص من هذا الالتزام بالتخلي عن العقار المرتفق به لمالك العقار المرتفق ، يتخلى عنه كله إذا كان حق الارتفاق يتناول كل العقار المرتفق به كالارتفاق باستخراج الأحجار من محجر ، ويتخلى فقط عن الجهة التي يباشر فيها حق الارتفاق كالارتفاق بالمرور من طريق معين فيكون التخلي عن هذا الطريق وحده . وهذا هو المقصود من العبارة التي وردت في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ مدني ، وهي « التخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه » (٢) . وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٢٢ مدني سالفه الذكر : « وإذا كانت الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » . فإذا كان هناك ارتفاق بالمرور ، وكان الطريق المخصص لمرور مالك العقار المرتفق يمر منه أيضاً مالك العقار المرتفق به ويعود عليه من المرور فيه قدر متساو للفائدة التي تعود على مالك العقار المرتفق ، كانت نفقة صيانة الطريق مناصفة بين المالكين . وإذا كان الارتفاق هو اغتراف المياه من عين

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودري وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩ - نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ٣٦٥ - ١ .

(٢) ويكون لمالك العقار المرتفق به الحق في التخلي حتى لو نزل عن هذا الحق ، وحتى لو ظل يدفع النفقات مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ثم أراد التخلي بعد ذلك (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودري وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩) . ويصح التخلي للتخلص من النفقات ، حتى ما استحق منها قبل التخلي (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودري وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩) .

والتخلي إرادة منفردة تصدر من مالك العقار المرتفق به وحده ، ولا حاجة لقبولها من مالك العقار المرتفق ، بل يكفي إخطاره بها (نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٣٦٥ - جرينويل ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٢ دالوز ١٩٤٣ - ٣٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩ - مارت ، نو فقرة ١٦٢ ص ١٨٣ .

موجودة في العقار المرتفق به ، وكان مالك هذا العقار الأخير يفتقر هو أيضاً من هذه العين ثلاثة أمثال ما يفتقره مالك العقار المرتفق ، فان نفقة صيانة العين يتحملها كل منهما ، فيتحمل مالك العقار المرتفق به ثلاثة أرباع النفقات ، ويتحمل مالك العقار المرتفق الربع الباقي (١) . وفي جميع هذه الأحوال يكون التزام مالك العقار المرتفق به بالمساهمة في النفقات ليس للزاماً عيذاً ، لأنه لا يساهم في النفقات بسبب ملكيته للعقار المرتفق به كما هو الأمر عند ما يلتزم بالنفقات بموجب اتفاق خاص فيما قدمنا ، بل لأنه ينتفع بالأعمال انتفاع مالك العقار المرتفق فيساهم بنسبة ما انتفع . وعلى ذلك لا يجوز له ، كما جاز في حالة التزامه بالنفقات بموجب اتفاق خاص ، أن يتخلص من المساهمة في النفقات بالتخلي عن لعقار المرتفق به كله أو بعضه .

§ ٢ - الدعاوى المحورية لمالك العقار المرتفق

٦٠٧ - دعوى الإقرار بحق الارتفاق : لمالك العقار المرتفق دعوى

عينية هي دعوى الإقرار بحق الارتفاق (action confessoire de servitude) يطلب فيها من مالك العقار المرتفق به ، أو من أى حائز لهذا العقار ، الإقرار له بحق ارتفاقه على العقار المرتفق . ويقدم إثباتاً لدعواه الطريقة التي كسب بها حق الارتفاق ، وعلى إحدى الطرق التي يكسب بها هذا الحق (٢) ، وقد تقدم بيانها . وهذه الدعوى ، بالنسبة إلى حق الارتفاق ، تقابل دعوى الاستحقاق (action en revendication) بالنسبة إلى حق الملكية . ويطلب فيها المدعي تمكينه من استعمال حق ارتفاقه ، كما يطلب المدعي في دعوى الملكية تسليمه العين محل حق الملكية . ويجوز أيضاً للمدعي أن يطلب هدم المنشآت التي أقيمت مخالفة لحق الارتفاق كازالة المباني في حالة الارتفاق بعدم البناء (٣) ، وكذلك الحكم بغرامة تهديدية (astreintes)

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

ص ٦٢٩ - وانظر بيودرى وشوفرو فقرة ١١٤٢ .

(٢) أنظر في ذلك بيودرى وشوفرو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ هاش ٢ .

(٣) نقض فرنسي ١٣ مارس سنة ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٣ . ٧٩ - ٤ يناير

سنة ١٩٦٣ ميريه ١٩٦٣ - ٢٥٤ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٣ J. C. P. ١٩٦٣ - ٢ -

١٣٦٠٩ - ١٦ مارس سنة ١٩٦٤ جازيت دي باليه ٢٤ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٦٤ - ٤ مايو

سنة ١٩٦٤ J. C. P. ١٩٦٤ - ٢ - ١٣٧٩٠ - مارك ورينو فقرة ١٦٥ .

لإجبار المدعى عليه على تمكينه من استعمال حق الارتفاق (١) .

٦٠٨ - دعاوى الحيازة المتعلقة بحقوق الارتفاق في القانون الفرنسي :

وكما أن دعاوى الحيازة تحمي الحيازة بالنسبة إلى حق الملكية ، فمن المسلم به في القانون الفرنسي أن هذه الدعاوى تحمي الحيازة أيضاً بالنسبة إلى حق الارتفاق . فيستطيع مالك العقار المرتفق أن يلجأ إلى دعوى منع التعرض وإلى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، إذا توافرت شروط كل من هاتين الدعويتين ، لحماية حيازته لحق الارتفاق من أي تعرض يقع على هذه الحيازة ، سواء من مالك العقار المرتفق به أو من الغير . ولكن يشترط في القانون الفرنسي أن يكون حق الارتفاق ، إذا كان سببه التقادم أو تخصيص المالك الأصلي ، مستمراً وظاهراً ، لأن حق الارتفاق المستمر الظاهر هو وحده الذي يمكن كسبه بالتقادم أو تخصيص المالك الأصلي . فان كان سبب الارتفاق هو السند ، العقد أو الوصية ، جاز الالتجاء إلى دعاوى الحيازة أيا كان نوع حق الارتفاق ، ولو كان غير مستمر أو كان غير ظاهر ، لأن السند ينفي عن حق الارتفاق أية شبهة من أن تكون حيازته حيازة عرضية (٢) . ويستثنى من دعاوى الحيازة دعوى استرداد الحيازة ، فهذه تفترض أن عملاً من أعمال العنف قد وقع على حيازة مادية فانتزعها من صاحبها . ولما كانت حيازة حق الارتفاق لا تكون حيازة مادية ، لذلك لا يجوز لصاحب هذا الحق أن يلجأ إلى دعوى استرداد الحيازة (٣) .

٦٠٩ - دعاوى الحيازة المتعلقة بحقوق الارتفاق في القانون المصري :

أما في القانون المصري فالأمر يختلف ، إذ أن هذا القانون لا يشترط أن يكون حق الارتفاق مستمراً حتى يمكن كسبه بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلي . لذلك نرى أن كل حق ارتفاق ، ولو كان غير مستمر ، كسب بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلي ، تمكن حماية حيازته بدعوى منع

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٦

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٧ -

مارق وريتو فقرة ١٦٦ - وهنا يجمع الفقهاء الفرنسي بعض الشيء بين دعوى الحيازة ودعوى الموضوع (مازو فقرة ١٧٢٤ ص ١٣٦٠) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٧ ص ٩٧٠ .

للتعرض وبدعوى وقف الأعمال الجديدة . ولا يشترط إلا أن يكون حق الارتفاق ظاهراً ، لأن الارتفاقات الظاهرة هي وحدها التي يمكن كسبها بالتقادم وبتخصيص المالك الأصلي (١) . فإذا كسب حق الارتفاق بالسند ، العقد أو الوصية ، فإنه يمكن حماية حيازته دائماً بدعوى منع التعرض وبدعوى وقف الأعمال الجديدة ، ولو كان ارتفاقاً غير مستمر ، أو كان ارتفاقاً غير ظاهر .

ولا نرى مانعاً من جواز الالتجاء إلى دعوى استرداد الحيازة ، في الحالات التي يظهر فيها بوضوح أن عملاً من أعمال العنف قد انتزع من صاحب حق الارتفاق حيازته لهذا الحق . فإذا كان حق الارتفاق إلى هو ارتفاق بالمطل مثلاً ، وأقام مالك العقار المرتفق به حائطاً محاذياً للنافذة فسدها سداً تاماً ، فلماذا لا يجوز لصاحب حق الارتفاق أن يلجأ بدعوى استرداد الحيازة في هذه الحالة وقد انتزعت منه حيازته بعمل من أعمال العنف ؟ وكذلك الأمر في حق الارتفاق بالمرور ، إذا عمد مالك العقار المرتفق به إلى هدم الجسر الذي يباشر عليه حق الارتفاق ، فإنه يجوز في هذه الحالة لصاحب حق الارتفاق أن يلجأ إلى دعوى استرداد الحيازة بعد أن انتزعت حيازته لحقه بعمل من أعمال العنف .

المبحث الثاني

الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به

٦١٠ - مسأله : نبحث هذه الآثار : (١) من حيث واجبات مالك العقار المرتفق به . (٢) ومن حيث الدعاوى المحولة لمالك هذا العقار .

§ ١ - واجبات مالك العقار المرتفق به

٦١١ - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٣ مدني على ما يأتي :

١ - لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة . ولا يجوز له

(١) أما في عهد انتقنين المدني السابق ، فقد كان يقتضى بأن دعوى الحيازة لا تسمى إلا حقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة (استئناف غلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ م ٧٥ ص ٤٢ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٥) .

بوجه خاص أن ينبر من الوضع القائم : أو أن يبدل بالوضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر .

٢١ - ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق ، (١) ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ١/٩٩٢ و ٢ و ٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٨ / ١ و ٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٨٩ و ٢ و ٣ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٤ من المشروع التمهيدى هل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يتضمن في الفقرة الثانية عبارة أخيرة تجرى على الوجه الآتى : «ويصح أيضاً أن ينقل الارتفاق المرتفق به من الموضع المعين لاستعمال حق الارتفاق ، إذا أثبت أن في هذا التغير فائدة محسوسة له دون أن يكون فيه إضرار بالمقار المرتفق به » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية السابق بيانها ، وذلك حساً للمنازعات ، ولأن في هذه العبارة توسعة لحق الارتفاق وهو حق ثقيل يجب أن يثبت في حدوده الضيقة . وقد أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٠ - ص ٦٤٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ١/٩٩٢ و ٢ و ٣ : ١ - لا يجوز لمالك المقار المرتفق به أن يأتي بعمل يرمى إلى قصر استعمال الارتفاق أو إلى جعله أكثر مشقة . ٢ - فلا يجوز له أن يغير وضعية الأماكن ، أو أن يخول الارتفاق إلى مكان غير المكان المعين له قديماً . ٣ - إنما إذا كان الارتفاق في مكانه القديم قد أصبح أنه إرهاباً لمالك المقار المرتفق به ، أو كان يمنعه من القيام بأصلاحات مفيدة ، فله أن يمرض على صاحب المقار المرتفق مكاناً بسهولة المكان الأول لاستعمال حقوقه ، ولا يمتنع لهذا الأخير أن يرفض العرض . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

وَيُخْلَصُ مِنْ هَذَا النَّصِّ أَنَّ وَاجِبَاتِ مَالِكِ الْعُقَارِ الْمُرْتَفِقِ بِهِ وَاجِبَاتٌ سَلْبِيَّةٌ مَحْضَةٌ . فَهُوَ لَيْسَ مَكْلُفًا بِأَيِّ عَمَلٍ إِبْجَائِيٍّ ، لِأَنَّ حَقَّ الْارْتِفَاقِ سُلْطَةٌ مُبَاشِرَةٌ لِصَاحِبِ هَذَا الْحَقِّ عَلَى الْعُقَارِ الْمُرْتَفِقِ بِهِ ، يَبَاشِرُهَا دُونَ وَسَاطَةِ مَالِكِ هَذَا الْعُقَارِ وَدُونَ تَدْخُلِهِ . وَكُلُّ مَا يَطْلُبُ مِنْ مَالِكِ الْعُقَارِ الْمُرْتَفِقِ بِهِ هُوَ الْامْتِنَاعُ عَنْ أَيِّ عَمَلٍ يُوْدِي إِلَى الْإِنْتِفَاقِ مِنْ اسْتِعْمَالِ حَقِّ الْارْتِفَاقِ ، أَوْ جَعْلِهِ أَكْثَرَ مُشَقَّةً (١) . فَإِذَا أَخْلَ بِهَذَا الْوَاجِبِ السَّلْبِيِّ ، وَأَقْدَمَ عَلَى عَمَلٍ يُوْدِي إِلَى هَذِهِ النَتِيجَةِ ، مَنَعَ مِنْ ذَلِكَ ، وَأُجْبِرَ عَلَى التَّعْوِيضِ إِنْ كَانَ لَهُ مَقْتَضٍ . وَلَيْسَ لَهُ بَوَاجِهُ خَاصٌّ أَنْ يَغْيِرَ بَارَادَتَهُ وَحْدَهُ الْمَوْضِعَ الْمَعِينُ أَصْلًا لِاسْتِعْمَالِ حَقِّ الْارْتِفَاقِ ، وَذَلِكَ مَا لَمْ تَتَوَافَرَ شُرُوطُ مَعِينَةٍ بَيْنَهَا الْفُقْرَةُ الثَّانِيَّةُ مِنَ النَّصِّ سَالِفِ الذِّكْرِ (٢) . وَقَدْ يَلْتَزِمُ مَالِكُ الْعُقَارِ الْمُرْتَفِقِ بِهِ اسْتِثْنَاءُ بِأَعْمَالٍ إِبْجَائِيَّةٍ ، وَقَدْ وَرَدَ مِثْلُهَا فِي التَّزَامِهِ بِدَفْعِ نَفَقَاتِ الْأَعْمَالِ اللَّازِمَةِ لِاسْتِعْمَالِ حَقِّ الْارْتِفَاقِ وَالْمَحَافَظَةِ عَلَيْهِ إِذَا اشْتَرَطَ عَلَيْهِ ذَلِكَ (٣) ، وَهَنَاقَ مِثْلُ آخَرِ سَبْقٍ بَيَانُهُ هُوَ أَنَّ يَلْتَزِمُ بِعَمَلٍ إِضَافِيٍّ يَقْتَضِيهِ اسْتِعْمَالُ الْارْتِفَاقِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَأْلُوفِ (م ١٠٢١ مَدْنِي) ، وَلَكِنْ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَذَا الْعَمَلُ الْإِبْجَائِيُّ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ عَمَلًا إِضَافِيًّا يَنْزِلُ مِنْ اسْتِعْمَالِ حَقِّ الْارْتِفَاقِ مِثْرَةً التَّابِعِ مِنَ الْمَتْبُوعِ ، وَقَدْ تَقْدَمُ بَحْثُ ذَلِكَ (٤) . فَيَبْقَى إِذْنًا مَسَائِلُ ثَلَاثُ تَبَحُّثًا عَلَى التَّعَاقُبِ : (١) امْتِنَاعُ مَالِكِ الْعُقَارِ الْمُرْتَفِقِ بِهِ مِنْ أَيِّ عَمَلٍ يَعْوِقُ اسْتِعْمَالِ حَقِّ الْارْتِفَاقِ . (٢) الْجِزَاءُ الْمُرْتَبِ عَلَى الْإِخْلَالِ بِهَذَا الْوَاجِبِ . (٣) إِمْكَانُ تَغْيِيرِ الْمَوْضِعِ الْمَعِينِ أَصْلًا لِاسْتِعْمَالِ حَقِّ الْارْتِفَاقِ بِشُرُوطٍ مَعِينَةٍ .

— التَّقْنِينُ الْمَدْنِيُّ اللَّيْثِيُّ م ١٠٢٦ (مُطَابِقٌ) .

التَّقْنِينُ الْمَدْنِيُّ الْعِرَاقِيُّ م ١٢٧٨/٢٥١ (مُطَابِقٌ) — وَيُوجَدُ فِي التَّقْنِينِ الْعِرَاقِيِّ فُقْرَةٌ ثَالِثَةٌ لِهَذِهِ الْمَادَّةِ تَطَابِقُ الْعِبَارَةَ الْأَخِيرَةَ مِنَ الْمَادَّةِ ١٢٩٤ مِنْ الْمَشْرُوعِ التَّهْدِيٍّ مِنَ التَّقْنِينِ الْمَدْنِيِّ الْمَصْرِيِّ ، وَهِيَ الْعِبَارَةُ الَّتِي حُذِفَتْ فِي لَجْنَةِ مَجْلِسِ الشُّيُوخِ : أَنْظَرِ آتِفًا ص ١٣٨٠ هَاشِ (١) . قَانُونُ الْمِلْكِيَّةِ الْمُقَارِيَّةِ اللَّبْنَانِيِّ م ١/٨٩ وَ ٣٥٢ (مُطَابِقٌ لِلْمَادَّةِ ١/٩٩٢ وَ ٣٥٢ مِنَ التَّقْنِينِ السُّورِيِّ وَهَذَا النَّصُّ الْأَخِيرُ مَا خُذَ مِنْ النَّصِّ اللَّبْنَانِيِّ) .

(١) أَنْظَرِ مَازُو فُقْرَةَ ١٧٢٢ ص ١٣٥٨ .

(٢) أَنْظَرِ الْمَذْكُورَةَ الْإِبْضَاحِيَّةَ لِلْمَشْرُوعِ التَّهْدِيٍّ فِي مَجْمُوعَةِ الْأَعْمَالِ التَّحْضِيرِيَّةِ ٦

ص ٦٤١ — ص ٦٤٢ .

(٣) أَنْظَرِ آتِفًا فُقْرَةَ ٦٠٦ .

(٤) أَنْظَرِ آتِفًا فُقْرَةَ ٥٧٢ .

٦١٢ - امتناع مالك العقار المرتفق به عن أى عمل يعوق استعمال

حق الارتفاق : إذا تقرر حق ارتفاق على العقار المرتفق به أو على موضع معين منه ، فإن تقرير هذا الحق لا يحرم مالك العقار المرتفق به من ملكه ، فلا يزال العقار المرتفق به وكل موضع فيه ملكا له ، يباشر عليه حقوق المالك من استعمال واستغلال وتصرف . وكل ما ترتب على حق الارتفاق أنه أوجب على مالك العقار المرتفق به إلا يحبس ، في استعماله لحقوق ملكيته ، بحق الارتفاق (١) .

فإذا كان الارتفاق حق مرور من موضع معين ، فإن هذا الموضع يبقى ملكا لمالك العقار المرتفق به ، وله أن يقيم عليه من الأبنية ما يشاء ، بشرط أن يترك مسافة كافية تسمح لصاحب حق الارتفاق بالمرور . ومن باب أولى يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يمر من هذا الموضع المعين كما يمر مالك العقار المرتفق ، بشرط ألا يعوق مرور الأول مرور الثاني . وله كذلك أن يقيم بابا على الطريق ، بشرط أن يسلم مفتاحا لهذا الباب لصاحب حق الارتفاق (٢) . وإذا كان الارتفاق حق مرعى أو حق الاغتراف من عين أو حق احتطاب الأشجار : فإن المرعى والعين والأشجار تبقى ملكا لمالك العقار المرتفق به ، وله هو أيضا أن يرعى مواشيه وأن يغترف المياه من العين وأن يحتطب الأشجار ، وذلك كله بشرط ألا يعوق صاحب حق الارتفاق من رعى مواشيه ومن اغتراف المياه ومن احتطاب الأشجار كما يقضى حق ارتفاقه (٣) .

فكل ما يجب إذن على مالك العقار المرتفق به هو ألا يعوق استعمال حق الارتفاق ، فلا يعمل شيئا يؤدي إلى الانتقاص من استعمال هذا الحق ، أو

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٥ وما بعدها - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ ص ٨٧٤ - ص ٨٧٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧١ - نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ - ١ - ١٩٤ .

(٢) نقض فرنسي ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ١٨٩ وله بوجه عام أن يحوط ملكه (نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٤٤ J. C. P. ١٩٤٥ الطبعة الحادية عشرة فقرة ٢٩١٤) ، إلا إذا كان هذا التحريط يعوق استعمال حق المرور (نقض فرنسي ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١٩٣٢ - ٢ - ٥٥٢) . وانظر في حق المالك للعقار المرتفق به في حفر أنفاق ومد مواسير تحت الطريق : نقض فرنسي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٧ دالوز

١٩٣٨ - ١ - ٦٢ - ١٤ أكتوبر ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٣ - ١٣ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ ص ٨٧٥ .

يؤدي إلى جعل هذا الاستعمال أكثر مشقة . وهذا الواجب يتقابل واجب مالك العقار المرتفق من استعمال حقه بحيث لا يجعل هذا الاستعمال أكثر مشقة على مالك العقار المرتفق به ، أو يزيد في عبء حق الارتفاق (١) . فإذا كان الارتفاق حق مرور ، لم يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يزرع الطريق أو أن يغرس فيه من الأشجار ما يعوق المرور من الطريق ، أو يجعل المرور أكثر مشقة (٢) . وإذا كان الارتفاق حق مرعى ، لم يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يقلب الأرض أو يحولها إلى أرض للبناء أو يتم فيها مصنعا ، بحيث تصبح غير صالحة للرعى فيها أو تجعل الرعى عسيرا (٣) . وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع ، فهو الذي يبت فيما إذا كان العمل قد أدى إلى إعاقة استعمال حق الارتفاق ، أى إلى الانتقاص من هذا الاستعمال أو إلى جملة أكثر مشقة ، ناظرا في ذلك إلى ملاسات كل قضية وإلى الوضع النائم وإلى الشروط الواردة في سند حق الارتفاق وإلى النية المفترضة للطرفين وإلى الضرر الذي أحاق بمالك العقار المرتفق وإلى غير ذلك من الظروف (٤) .

٦١٣ - الجزاء المترتب على إهمال مالك العقار المرتفق به بواجبه :
فإذا أخل مالك العقار المرتفق به بواجبه ، وأتى بأعمال تعوق استعمال حق الارتفاق بأن تنتقص من هذا الاستعمال أو نجعله أكثر مشقة ، ألزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وبالتعويض إن كان له مقتضى . والتعويض لا يطالب به إلا مالك العقار نفسه الذى ارتكب المخالفة ، لأنه مترتب على التزام شخصي في ذمته . أما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه فيطالب بها مالك العقار المرتفق به الذى ارتكب المخالفة وكذلك كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية هذا العقار

(١) أنظر آتيا فقرة ٦٠٥ .

(٢) متر ١٩ يناير سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٨ - ٢ - ٢٠ - بودرى وشوفو فقرة

١١٤٠ ص ٨٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧٢ .

(٣) نقض فرنسي ٩ مايو سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ١ - ٢٩٣ - بودرى وشوفو

فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧٢ .

(٤) نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٩ - بودرى

وشوفو فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٤ (عند الشك يفسر السند لمصلحة مالك العقار المرتفق به) - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧١ .

ولو لم يكن هو الذى ارتكب المخالفة . ذلك بأن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه إنما هي تكليف عيني يثقل العقار نفسه ، ويتبعه في أى يد ينتقل إليها هذا العقار . وقد قدمنا مثل ذلك في الجزاء على مخالفة مالك العقار المرتفق لواجبه ، من عدم مجاوزة حدود حق الارتفاق ، ومن عدم إساءة استعمال هذا الحق (١) .

٦١٤ - إبطال تغيير الموضع المدين لاستعمال حق الارتفاق :

وإذا كان استعمال حق الارتفاق قد تركز في موضع معين ، كطريق أعد لاستعمال حق المرور ، فإن هذا الموضع الذى عين لاستعمال حق الارتفاق يبقى في الأصل كما هو دون تغيير . فلا يستطيع مالك العقار المرتفق به أن يغيره بإرادته وحده دون اتفاق مع مالك العقار المرتفق ، كما لا يستطيع مالك العقار المرتفق أن يغيره بإرادته وحده دون اتفاق مع مالك العقار المرتفق به . أما عدم جواز استقلال مالك العقار المرتفق بتغيير الموضع الأصلي لاستعمال حق الارتفاق ، فأمر مطلق لا يرد عليه أى استثناء (٢) . وأما عدم جواز استقلال مالك العقار المرتفق به بتغيير هذا الموضع الأصلي ، فيرد عليه استثناء نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ مدني فيما رأينا (٣) .

فيجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب تغيير الموضع الأصلي لاستعمال حق الارتفاق ، ولو بغير موافقة مالك العقار المرتفق ، إذا كان هذا الموضع قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعا من لإجراء تحسينات في العقار المرتفق به . ويكون الموضع الأصلي قد أصبح من

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠٥ في آخرها . وانظر ديمولومب ١٢ فقرة ٨٩٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٥ .

وهناك وأى يذهب إلى أن الخلف الخاص لمالك العقار المرتفق به لا يكون مشعولا عن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وكل ما يجب عليه هو أن يترك مالك العقار المرتفق يفعل ذلك بنفسه ، ثم يرجع هذا الأخير بالنفقات على مالك العقار المرتفق به ذاته للذى ارتكب المخالفة (لوران ٨ فقرة ٢٧١ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٦ - ص ١٣٧ وهامش ٤ - بوددي وشوفو فقرة ١١٤١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٠٥ في الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦١١ .

شأنه أن يزيد في سبب الارتفاق إذا كان هذا الارتفاق مثلاً ارتفاقاً بالمجرى حفرت لاستعماله قناة لتوصيل المياه، ثم أصبحت هذه القناة في موضعهما الأصلي عائقاً لتصريف المياه من الأرض المرتفق بها. فعندئذ ينقض مالك العقار المرتفق به أن يطلب نقل المجرى إلى مكان آخر لا يعوق تصريف المياه (١). ويكون الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به إذا كان هذا الارتفاق مثلاً ارتفاقاً بالمرور، وأراد مالك العقار المرتفق به أن يقيم أبنية مفيدة لعقاره ولكنها تسد الطريق الذي يستعمل فيه حق المرور. فعندئذ ينقض له أن يطلب نقل الطريق إلى مكان آخر، فيتمكن بذلك من إقامة الأبنية التي يريد.

وفي جميع الأحوال لا يجوز للمالك العقار المرتفق به أن يغير الموضع الأصلي لحق الارتفاق من تلقاء نفسه، بل يجب عليه أولاً أن يفاوض مالك العقار المرتفق في هذا التغيير، فإن أبى رفع مالك العقار المرتفق به الأمر للقضاء، ومحكمة الموضوع هي التي تبت فيما إذا كان للتغيير مبرر على النحو الذي قدمناه. ثم إن مالك العقار المرتفق به يجب عليه أن يقدم موضعاً آخر ينتقل إليه استعمال حق الارتفاق، ويجب أن يكون هذا الموضع الآخر يتيسر فيه هذا الاستعمال بالقدر الذي كان ميسوراً به في الموضع السابق، وقاضي الموضوع هنا أيضاً هو الذي يبت في ذلك (٢). ويتضح أن يكون هذا الموضع الآخر في عقار المرتفق به نفسه، أو في عقار آخر مملوك لصاحب العقار المرتفق به نفسه، أو مملوك لأجنبي بشرط أن يوافق الأجنبي على ذلك. وفي جميع هذه الأحوال لا ينقض للمالك العقار المرتفق أن يرفض تغيير الموضع الأصلي، مادام قد ثبت أن هذا الموضع الأصلي من شأنه أن يلحق ضرراً بالعقار المرتفق به أو أن يمنع عنه فائدة يحولته دون إجراء تحسينات في هذا العقار، وما دام قد ثبت أن الموضع الجديد لا يلحق

(١) أنظر في جوار تغيير الموضع الأصلي لطريق الذي يباشر عليه حق المرور إذا منع هذا الطريق في حالته الأصلية مالك العقار المرتفق به من أن يحوط ملكه. محكمة إكس ٩ مايو سنة ١٩٥٠ والوزر ١٩٥٠ - ٥٩٠.

(٢) فيجب إذن ألا يلحق تغيير الموضع الأصلي حق الارتفاق أي ضرر بمالك العقار المرتفق (نقض فرنسي ٩١ أبريل سنة ١٩٤٢ والوزر ١٩٤٢ - ١ - ٢١٢). وينظر في وجود الضرر، لا إلى الوقت الذي أنشئ فيه حق الارتفاق، بل إلى الوقت الذي يتم فيه تغيير الموضع الأصلي (ديبولوب ٢١ فقرة ٨٩٩ - بودري وشوفر فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨).

أى ضرر بمالك العقار المرتفق بل يبقى استعمال حق الارتفاق ميسوراً كما كان من قبل (١) .

وتكاليف نقل استعمال حق الارتفاق إلى موضع آخر يتحملها مالك العقار المرتفق به ، إذ أن هذا النقل قد تم تحقيقاً لمصلحته (٢) . ولا يستحق مالك العقار المرتفق أى تعويض عن هذا النقل ، لأن المفروض أنه لم يصبه من جرائه أى ضرر (٣) .

ويستوى ، في جواز تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق بالشروط المتقدم بيانها ، أن يكون سبب الارتفاق التصرف القانوني (العقد أو الوصية) أو تخصيص المالك الأصلي أو التنازل ، كما يستوى أن يكون الموضع الأصلي قد تعين بالارتفاق أو بموجب حكم قضائي (٤) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ (ص ٦٤٦) . وإذا جاز تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق ، فإنه يجوز كذلك ، ومن باب أولى ، تغيير موضع أى ارتفاق تبعى . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه يجب في حق الارتفاق التبعى أن يكون ضرورياً للانتفاع بحق الارتفاق الأصلي ، وبالقدر اللازم لتوافر هذا الانتفاع . وإذا كانت المادة ١٠٢٣ مدنى التى قننت ما كان مقرراً في ظل القانون المدنى تقديم قد أجازت ، في حادثة ما إذا كان الموضع الذى عين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، أن يطلب مالك هذا العقار نقل الارتفاق إلى موضع آخر متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به في وضعه السابق ، فإنه يتأدى من ذلك جواز تعديل حق الارتفاق الأصلي في الأحوال المبينة بالمادة ١٠٢٣ مدنى سالفه الذكر ، ومن باب أولى جواز تعديل حق الارتفاق التبعى في تلك الأحوال كذلك (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٢ ص ٧٨٦) .

(٢) نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٨٢ داللو ٨٢ - ١ - ٣١١ - بودرى وشوفو فقرة ١٤٤ . س ٨٧٨ هاش ٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩ .

(٣) نقض فرنسى ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ داللو ٩٣ - ١ - ٤٠٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨ هاش ٢ .

(٤) نقض فرنسى ١٦ يولييه سنة ١٨٧٨ داللو ٧٩ - ١ - ١٢٨ - ١٩ يونيو سنة ١٨٨٢ داللو ٨٣ - ١ - ٢٨٨ - ٣٠ فبراير سنة ١٨٨٤ داللو ٨٤ - ١ - ٣٩٢ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٠٤ داللو ١٩٠٨ - ١ - ٥١٦ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٢٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣١٧ ص ٣٦٣ .

ولما كان طلب تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق رخصة لمالك العقار المرتفق به ، فإن حقه في هذا الطلب لا يسقط بالتقادم ، أى حتى لو مضى على استعمال حق الارتفاق في موضعه الأصلي خمس عشرة سنة أو أكثر ، لأن الرخص لا تسقط بالتقادم (١) . وتبقى لمالك العقار المرتفق به هذه الرخصة ، حتى لو كان قد نزل عنها من قبل (٢) .

٢٤ - الدعاوى المنحورة لمالك العقار المرتفق به

٦١٥ - دعوى إنكار من الارتفاق : وكما أن لمالك العقار المرتفق دعوى عينية هي دعوى الإقرار بحق الارتفاق (action confesse de servitude) يطلب فيها الإقرار بحق ارتفاقه على العقار المرتفق به (٣) ، كذلك لمالك العقار الذى يدعى الغير أن له عليه حق ارتفاق دعوى عينية هي دعوى إنكار حق الارتفاق (action négatoire de servitude) يطلب فيها الحكم بأن عقاره خال من هذا التكليف (٤) .

ويكفى في دعوى إنكار حق الارتفاق أن يثبت المدعى مالك العقار ملكيته للعقار ، وليس عليه أن يثبت أن هذا العقار خال من حق الارتفاق . ذلك بأن المفروض أن الملكية خالية من أى تكليف يثقلها ، ما لم يثبت من يدعى وجود تكليف معين كحق ارتفاق أو حق رهن وجود هذا التكليف . فيجب إذن على من يدعى أن له حق ارتفاق ، ولو أنه هو المدعى عليه في دعوى إنكار حق الارتفاق ، أن يثبت هو وجود هذا الحق بإثبات سبب من أسباب كسبه (التصرف القانوني أو تخصيص المالك الأصلي أو التقادم) ، ما دام صاحب

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٩ وهاش ١٢ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٨٩ .

(٢) ويعتبر امتناع مالك العقار المرتفق عن الموافقة على تغيير مكان الارتفاق ، حتى لو نزل عن هذه الرخصة من قبل ، وحتى بعد انقضاء مدة التقادم ، تعسفاً من هذا المالك في استعمال حقه ، مادام لا يلحقه من هذا التغيير أى ضرر ، ومادام التغيير يحقق مصلحة لمالك العقار المرتفق به (بودرى وشوفو فقرة ١١٤٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣١٧ ص ٣٦٤) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٧ .

(٤) نقض فرنس ٢٣ يونيو سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٠ - ١ - ٢٨٩ - بودرى وشوفو

فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٩٠ .

العقار وهو المدعى قد أثبت ملكيته لهذا العقار (١). فيقع عبء إثبات حق الارتفاق على من يدعى وجوده ، حتى لو كان قد قضى له بحيازة هذا الحق في دعوى من دعاوى الحيازة فرفع مالك العقار دعوى إنكار حق الارتفاق (٢). ويجوز أيضا رفع دعوى إنكار حق الارتفاق ، لا فحسب للمطالبة بالحكم بأن العقار خال من حق الارتفاق أصلا ، بل أيضا للمطالبة بانتقاص حق الارتفاق وإرجاعه إلى حدوده الحقيقية مع التسليم بأن الحق ذاته موجود . وهنا أيضا يقع على صاحب حق الارتفاق عبء إثبات الحدود الحقيقية لهذا الحق ، ولا يكلف صاحب العقار المرتفق به إلا باثبات ملكيته لهذا العقار ، ويلتزم بما سلم به من حدود أقربها لحق الارتفاق (٣).

٦١٦ - دعاوى الحيازة : والحائز للعقار يستطيع أيضا أن يرفع دعاوى

الحيازة متى توافرت شروطها ، فيحمى بها حيازته للعقار ممن يدعى أن له حق ارتفاق عليه . فاذا رفع الحائز للعقار دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة أو دعوى استرداد الحيازة ، قضى له بمنع التعرض ممن يدعى أن له حق ارتفاق ، أو بوقف الأعمال الجديدة التي يقوم بها من يدعى أن له حق ارتفاق ، أو ببرد حيازة ما انتزعه مدعى حق الارتفاق من حيازة للموضع الذي يستعمل فيه ما يدعيه من حق الارتفاق (٤). وفي

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٩ وهاش ٤٣ - بودري وشوفو فقرة ١١٤٦

فقرة ١١٤٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٩ - ص ٥٤٠ - بودري وشوفو فقرة ١١٤٧

بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ - مارك ورينو فقرة ١٦٧ .

وهناك رأى آخر يذهب إلى أن المدعى في دعوى إنكار حق الارتفاق هو الذي يصل عبء إثبات أن حق الارتفاق المدعى به لا يوجد ، ولكن للرأى الأول هو الرأى الراجح (أنظر في هذا المعنى بودري وشوفو فقرة ١١٤٧) . وأنظر رأيا في الفقه المصري يميز بين ما إذا كان المدعى عليه يحوز حق الارتفاق فتكون الحيازة قرينة على ثبوت حق الارتفاق له ويقع عبء إثبات نفي ذلك على المدعى ، وبين ما إذا كان المدعى عليه لا يحوز حق الارتفاق ليكن أن يثبت المدعى ملكيته ويكون عبء إثبات وجود حق الارتفاق على المدعى عليه ، صبه المنهم البدرادوي فقرة ٢١٩ ص ٣٦٦ - ص ٣٦٧ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠

ص ٩٧٣ .

(٤) بودري وشوفو فقرة ١١٤٦ - مارك ورينو فقرة ١٦٧ .

جميع دعاوى الحيازة هذه لا يكلف الحائز إلا باثبات حيازته وبتوافر شروط دعوى الحيازة التي رفعها ، وعلى من يدعى وجود حق ارتفاق على العقار ، يستعمله فعلا فيتعرض لحيازة المدعى أو ينتزع منه الحيازة ، أن يثبت وجهه . هذا الحق ، وإلا خسر الدعوى وقضى لصالح حائز العقار ، وبذلك يمتنع على مدعى حق الارتفاق أن يكسب هذا الحق بالتقادم (١) .

ولكن يجوز للمدعى حق الارتفاق أن يكتفي باثبات حيازته لهذا الحق في دعوى من دعاوى الحيازة ، فيقضى له بحيازة الحق . وفي هذه الحالة لا يكون أمام مالك العقار إلا أن يرغى دعوى إنكار حق الارتفاق على من قضى له بحيازة هذا الحق ، حتى يقضى له هو بأن عقاره خال من حق الارتفاق . ولا يكلف مالك العقار ، هنا أيضا ، إلا باثبات ملكيته لهذا العقار ، فيفترض أن العقار خال من حق الارتفاق ، إلى أن يثبت مدعى هذا الحق وجود حقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

الفصل الثاني

أسباب انتهاء حق الارتفاق

٦١٧ - يباه لفره أسباب : سبق أن ذكرنا أنه إذا جرى العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، فإذا كان الارتفاق لا يفيد إلا جزءا من هذه الأجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى (م ١٠٢٤ مدني) . فهذا سبب من أسباب انتهاء حق الارتفاق سبق أن بسطناه (٣) ، فلا نعود إليه . وقد منا كذلك أنه إذا جرى العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه ، فإذا كان الارتفاق لا يستعمل على بعض هذه الأجزاء فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي ملكه (م ١٠٢٥ مدني) . وهذا سبب آخر من أسباب انتهاء حق الارتفاق ، نكتفي بما سبق أن بسطناه في شأنه (٤) .

(١) بلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦١٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٩٠٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٩٠٤ .

وقد ذكر التقنين المدني ، إلى جانب هذين السببين ، أسباباً أخرى لانتهاء حق الارتفاق هي : (١) انقضاء الأجل . (٢) هلاك أحد العقارين . (٣) اتحاد الذمة . (٤) عدم الاستعمال (التقادم المسقط) . (٥) استحالة استعمال الحق . (٦) انعدام الفائدة من الحق .

ولم يذكر التقنين المدني سببين آخرين ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة في شأنهما ، وهما : (١) تحقق الشرط الفاسخ ، ويتصل به أي فسخ للملكية صاحب العقار المرتفق به . (٢) نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه (١) .
فهذه أسباب ثمانية نبهنا على التعاقب .

٦١٨ - انقضاء الأجل - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٦ مدني على ما يأتي :

« تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين ، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً ، وباجتماع العقارين في يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يرجع أثره إلى الماضي فإن حق الارتفاق يعود» (٢) .

(١) ولا ينتهي حق الارتفاق ، كما ينتهي حق الانتفاع ، بسوء الاستعمال ، إذ ورد في جواز انتهاء حق الانتفاع بسوء الاستعمال نص خاص (م ٢/٩٨٨ مدني - وانظر آنفاً فقرة ٥١٤) ، ولم يرد نص مقابل في شأن حق الارتفاق . فإذا أساء صاحب حق الارتفاق استعمال حقه ، طبقت القواعد العامة وأجبر على الكف عن ذلك مع التصويض إذا كان له عمل (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٣ - بودري وشوفو فقرة ١١٧٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٧ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٧ - ص ٦٤٨) .
ولامقابل لنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥١/٩٩٣ :

١ - يسقط الارتفاق بالترقين . ٢ - ويتم الترقين بمفعول انعقود أو الأحكام .
(والقانون السوري أدخل نظام السجل الميني ، ومن ثم يسقط حق الارتفاق بشطب من السجل الميني ، ويكون ذلك بناء على اتفاق أو حكم)

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٩٠ (تطابق المادة ٩٩٣ سوري . وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

وَيُخْلَصُ مِنْ هَذَا النَّصِّ أَنَّ حَقَّ الارتفاعِ يَنْتَهِي بِانْقِضَاءِ الْأَجْلِ الْمَعِينِ لِانْقِضَائِهِ . وَقَدْ قَدِمْنَا أَنَّ حَقَّ الارتفاعِ يُجَوِّزُ أَنْ يَقْتَرَنَ بِأَجَلٍ فَاسِخٍ أَوْ بِأَجَلٍ وَاقِفٍ (١) . فَيُجَوِّزُ الْإِتِّفَاقُ إِذَنْ ، أَوْ النَّصُّ فِي الرَّصِيَّةِ الَّتِي أَنْشَأَتْ حَقَّ الارتفاعِ ، عَلَى أَنَّ هَذَا الْحَقَّ يَدُومُ مَدَّةً مُعَيَّنَةً وَيَنْتَهِي بِانْقِضَائِهَا . وَهَذَا أَمْرٌ نَاقِضٌ ، وَيَقَعُ عَادَةً إِذَا رَتَّبَ حَقَّ الارتفاعِ لِفَائِدَةِ عَقَارٍ لَا يَدُومُ إِلَّا مَدَّةً مُعَيَّنَةً ، كِبْنَاءِ يَقِيمُهُ الْمُسْتَأْجِرُ فِي الْعَيْنِ الْمُؤَجَّرَةِ (٢) .

أَمَّا الْأَصْلُ فِي حَقِّ الارتفاعِ فَهُوَ أَنَّ يَكُونُ دَائِمًا كَحَقِّ الْمِلْكِيَّةِ (٣) ، وَلَكِنْ الدَّوَامُ مِنْ طَبِيعَتِهِ ، بِخِلَافِ حَقِّ الْمِلْكِيَّةِ فَالدَّوَامُ مِنْ جَوْهَرِهِ . وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ مَا لَمْ يَوْقُتْ حَقَّ الارتفاعِ بِأَجَلٍ ، فَهُوَ دَائِمٌ دُونَ حَاجَةٍ إِلَى النَّصِّ عَلَى دَوَامِهِ (٤) . أَمَّا حَقُّ الْمِلْكِيَّةِ فَهُوَ دَائِمٌ أَبَدًا ، وَلَا يُجَوِّزُ النَّصُّ عَلَى تَوْقِيتِهِ (٥) .

٦١٩ - هَرَاكُ أَهْمُ الْعُقَارِينِ : وَتَنْصُصُ الْمَادَّةُ ١٠٢٦ مَدَنِي ، كَمَا رَأَيْنَا (٦) ، عَلَى أَنَّ حَقَّ الارتفاعِ يَنْتَهِي بِهَلَاكِ الْعُقَارِ الْمُرْتَفَقِ بِهِ أَوْ الْعُقَارِ الْمُرْتَفَقِ هَلَاكًا تَامًا .

فَإِذَا هَلَكَ الْعُقَارِ الْمُرْتَفَقُ بِهِ هَلَاكًا تَامًا (٧) ، بَانَ كَانُ بِنَاءٍ فَانْهَدَمَ أَوْ احْتَرَقَ وَلَمْ يَجْدَدْ ، فَإِنَّ حَقَّ الارتفاعِ يَنْتَهِي بِزَوَالِ الْمَحَلِّ . فَإِذَا جَدَّدَ الْبِنَاءَ ، عَادَ حَقُّ الارتفاعِ ، مَا لَمْ يَكُنْ قَدْ انْتَهَى بِعَدَمِ الِاسْتِعْمَالِ كَمَا سَنَرَى فِي حَالَةٍ

(١) فَيُجَوِّزُ أَنْ يَرْتَبِ مَالِكُ الْعُقَارِ عَلَى عَقَارِهِ حَقَّ ارتفاعٍ لِفَائِدَةِ عَقَارٍ آخَرَ ، وَيُضْرَبُ لِنَهَايَةِ هَذَا الْحَقِّ أَجَلًا يَنْتَهِي عِنْدَ انْقِضَائِهِ وَهَذَا هُوَ الْأَجَلُ الْفَاسِخُ ، أَوْ يُضْرَبُ لِبَدَايَةِ أَجَلٍ لَا يَنْشَأُ إِلَّا عِنْدَ حُلُولِهِ وَهَذَا هُوَ الْأَجَلُ الْوَاقِفُ (أَنْظُرْ آتِفًا فُقْرَةَ ٥٥٠) .

(٢) بِلَانِيُولِ وَرِيْبِيَرِ وَبِيْكَارِ ٣ فُقْرَةَ ٩٩٨ ص ٩٨١ .

(٣) الْمَذْكُورَةُ الْإِيضَاحِيَّةُ لِلْمَشْرُوعِ التَّهْدِيْدِيِّ فِي مَجْمُوعَةِ الْأَعْمَالِ التَّخْفِيْزِيَّةِ ٦ ص ٦٤٨ .

(٤) أُوْبِرِيْ وَدُرُو ٣ فُقْرَةَ ٢٤٧ ص ٩٢ .

(٥) آتِفًا فُقْرَةَ ٥٥٠ .

(٦) آتِفًا فُقْرَةَ ٦١٨ .

(٧) أَمَّا إِذَا كَانَ الْهَلَاكُ جُزْئِيًّا ، فَإِنَّ حَقَّ الارتفاعِ يَبْقَى قَائِمًا فِيمَا يَتَمَلَقُ بِالْجُزْءِ الْبَاقِي بِالْقَدْرِ الَّذِي يُمْكِنُ بِهِ اسْتِعْمَالُهُ . وَيَرْجِعُ ذَلِكَ إِلَى أَنَّ حَقَّ الارتفاعِ لَا يَتَجَزَّأُ ، فَيَتَحَمَّلُ بِهِ كُلُّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ الْعُقَارِ الْمُرْتَفَقِ بِهِ ، فَإِذَا هَلَكَ جُزْءٌ مِنْهَا بَقِيَ عَلَى الْأَجْزَاءِ الْبَاقِيَةِ (أَنْظُرْ أُوْبِرِيْ وَدُرُو ٣ فُقْرَةَ ٢٥٥ ص ١٤٣ هَامِش ٨) .

استحالة استعمال حق الارتفاق (١) . وكما هلاك نزع ملكية العقار المرتفق به للمنفعة العامة ، فينتهى حق الارتفاق المترتب عليه ، ولكن صاحب حق الارتفاق يتقاضى تعويضا عن حق ارتفاقه .

وكذلك ينتهى حق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق هلاكا تاما ، على النحو الذى قدمناه فى هلاك العقار المرتفق به (٢) . ذلك بأن حق الارتفاق يفترض وجود عقارين ، عقارا مرتفقا به وعقارا مرتفقا ، فاذا هلك أحدهما انتهى حق الارتفاق . ونزع ملكية العقار المرتفق للمنفعة العامة يعتبر فى حكم هلاكه ، فينتهى حق الارتفاق ، بعد أن يكون قد دخل عنصران من عناصر العقار عند تقدير التعويض .

٦٢٠ - اتحاد الزمة : وتنص المادة ١٠٢٦ ملى ، كما رأينا (٣) ،

على أن حق الارتفاق ينتهى « باجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه وزوالا يرجع أثره إلى الماضى فإن حق الارتفاق يعود » . فاجتماع العقارين فى يد مالك واحد يفقد حق الارتفاق قوامه ، فقد قدمنا أنه يجب أن يكون العقار المرتفق به مملوكا لشخص غير الشخص الذى يملك العقار المرتفق ، فلا يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص واحد (*Nemini res sua servit*) (٤) . فاذا ملك صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، أو ملك صاحب العقار المرتفق به العقار المرتفق ، أصبح العقاران مملوكين لشخص واحد ، وانتهى حق الارتفاق باتحاد الزمة . ذلك بأن مالك العقار المرتفق وهو صاحب حق الارتفاق أصبح هو الذى عليه أيضا حق الارتفاق بتملكه للعقار المرتفق به فاتحدت الزمة ، وكذلك مالك العقار المرتفق به وهو الذى عليه حق الارتفاق أصبح هو أيضا صاحب حق الارتفاق بتملكه

(١) أنظر مایل فقرة ٦٢٢ .

(٢) ويعود حق الارتفاق إذا أعيد بناء العقار المرتفق (استئناف غنط ٩ ديسمبر

سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٢) .

(٣) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٤) آنفاً فقرة ٥٤٩ - وانظر نقض فري ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ -

للعقار المرتفق فأتحدت الذمة . وكذلك . وتتحد الذمة أيضا إذا ملك أجنبي كلا من العقار المرتفق والعقار المرتفق به في وقت واحد . إذ يصبح باعتباره مالك العقار المرتفق هو صاحب حق الارتفاق ، وباعتباره مالك العقار المرتفق به هو الذي عليه حق الارتفاق ، فتتحد الذمة بذلك (١) .

واجتماع العقارين في يد مالك واحد على الوجه الذي قدمناه يتم بأي سبب من أسباب كسب الملكية ، كالميراث (٢) . والوصية والعقد والشفعة والتقادم . ويصح أيضا أن يتم عن طريق تخلى (abandon) صاحب العقار المرتفق به عن عقاره للتخلص من التزام عيني ، كالاتزام بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه إذا وجد شرط يقضي بتحميله هذا الالتزام (٣) . فعند ذلك تنتقل ملكية العقار المرتفق به إلى صاحب العقار المرتفق بمجرد هذا التخلي ، وتتحد الذمة في هذا الأخير ، فينتهي حق الارتفاق . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١٠٢٦ مدني ، كما رأينا (٤) ، ما يأتي : « إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضي فإن حق الارتفاق يعود » . ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) زوال حالة الاجتماع بأثر رجعي ، كما إذا اشترى صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فأتحدت الذمة وانتهى حق الارتفاق ، ثم فسخ البيع أو انفسخ بأثر رجعي . فهنا يعتبر البيع كأن لم يكن ، وكذلك يعتبر اتحاد الذمة المترتب على البيع كأن لم يكن تبعا للبيع ، فيعود حق الارتفاق إلى ما كان عليه (٥) . (الفرض الثاني) ، زوال حالة الاجتماع دون أثر رجعي ، كما إذا اشترى صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فأتحدت الذمة وانتهى حق الارتفاق ، ثم باع صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به الذي سبق أن اشتراه . فهنا يبقى أثر البيع الأول لأنه لم يزل بأثر رجعي ، ويبقى ما ترتب عليه من

(١) بودري وشوفو فقرة ١١٥٣ .

(٢) أنظر في اتحاد الذمة بالميراث بودري وشوفو فقرة ١١٥٤ ص ٨٨٨ - ص ٨٨٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٦ .

(٤) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٨ .

وانظر بوهري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٧ .

اتحاد الذمة وانتهاء حق الارتفاق ، فلا يعود حق الارتفاق بعد أن انتهى (١) .

٦٢١ - عزم الاستعمال أو التقدم المسقط - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٧ مدني على ما يأتي :

« ١ - « تنتهي حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة ، فان كان الارتفاق مقرراً لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثاً وثلاثين سنة . وكما يسقط التقادم حق الارتفاق . يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها » .

« ٢ - « وإذا ملك العقار عدة شركاء على الشيوع . فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين : كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفاً لمصلحة سائرهم » (٢) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهي بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة : أو مدة ثلاث وثلاثين سنة إن كان الارتفاق مقرراً لمصلحة عين موقوفة . وعدم الاستعمال (non-usage) هذا معناه التقادم المسقط . وسمى بعدم الاستعمال لأنه يسقط الحقوق العينية كحق الارتفاق وحق الانتفاع ،

(١) ولكن قد ينشأ مع ذلك حق ارتفاق جديد بتخصيص المالك الأصل ، إذا أبق مالك العقار المرتفق بعد شراء العقار المرتفق به الوضع المادي الذي كان عليه العقاران بشرط أن تكون هناك علامة ظاهرة تم عن هذا الوضع ، فتوافر بذلك شروط نشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصل إذا أعيد الفصل ما بين العقارين ، بأن باع صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به بعد شرائه (أنفاً) فقرة ٥٨٧ - وانظر أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٤ - بودري وشوفو فقرة ١١٥٤ ص ٨٨٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٧ ص ٩٨١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٩ - ص ٦٥١) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية البشري لا مقابل .

فإذا كان يسقط الحقوق الشخصية فإنه يسمى بالتقادم المسقط (prescription extinctive) . وعلى ذلك إذا بقي صاحب حق الارتفاق لا يستعمل حقه طول هذه المدة ، فإن الحق يسقط بعدم الاستعمال . ويستوى أن يكون عدم الاستعمال اختيارياً أو إجبارياً ، فإذا منع من استعمال الحق قوة قاهرة كما إذا نصب معين العين التي تغترف منها المياه ، أو حال صاحب العقار المرتفق به أو الغير دون استعمال الحق ، فإن مدة التقادم تستمر مع ذلك في السريان . ويستطيع صاحب حق الارتفاق أن يقطع المدة في هذه الحالة ، بأن يحصل من صاحب العقار المرتفق به على إقرار بحقه ودياً أو قضائياً (١) . وكل حق ارتفاق ، مستمرا كان أو غير مستمر ، ظاهراً أو غير ظاهر ، إيجابياً أو سلبياً ، يسقط بعدم الاستعمال (٢) . والمدة المقررة لسقوط حق الارتفاق بعدم الاستعمال هي ، كما قدمنا ، خمس عشرة سنة (٣) ، فإن كان حق الارتفاق مقرر المصلحة عين موقوفة وقفاً خيرياً فالمدة ثلاث وثلاثون سنة وذلك رعاية لجانب الوقف (٤)

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ .
(٢) أما حق الملكية فلا يسقط بعدم الاستعمال ، ولذلك يدق في بعض الأحوال معرفة ما إذا كنا أمام حق ارتفاق فيسقط بعدم الاستعمال أو أمام حق ملكية مفرزة أرشائة فلا يسقط بعدم الاستعمال (بودرى وشوفو فقرة ١١٥٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٥) .

(٣) أنظر نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٢ .

(٤) أما إذا كان حق الارتفاق مترتباً على أرض موقوفة في الحالات التي يجوز فيها ذلك ، فإنه يزول بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة إذا كان العقار المرتفق عيناً غير موقوفة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠) - وقد يكسب شخص بالتقادم القصير ، أي بخمس سنوات ، ملكية عقار قد ترتب عليه حق ارتفاق . فكسبه للملكية العقار لا يترتب عليه سقوط حق الارتفاق بالتقادم ، لأن حق الارتفاق لا يسقط بالتقادم إلا إذا لم يستعمل مدة خمس عشرة سنة ، وهنا لم يستعمل حق الارتفاق إلا خمس سنوات فقط وهي مدة التقادم القصير التي كسبت به ملكية العقار . وعلى ذلك يكسب الحائز ملكية العقار بالتقادم القصير ، ولكن العقار يبقى محملاً بحق الارتفاق إلى أن ينتهي هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (أنظر آند فقرة ٤١٥ في المذم - وأنظر أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٨ وهاش ٢٣ - بودرى وشوفو فقرة ١١٦٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٤) .

ويبدأ سريان مدة التقادم ، في الارتفاق غير المستمر ، منذ آخر عمل انقطع بعده صاحب حق الارتفاق عن استعمال حقه (١) . أما في الارتفاق المستمر ، ويدخل في ذلك الارتفاق السلبي ، فيبدأ السريان من يوم الاتيان بعمل إيجابى يتعارض مع حق الارتفاق (٢) . فإذا كان الارتفاق مطلا ، بدأ سريان المدة من الوقت الذى يبنى فيه صاحب العقار المرتفق به حائطا يسد النافذة ، أو كان ارتفاقا بعدم البناء من الوقت الذى يبدأ فيه صاحب العقار المرتفق به بإقامة بناء فى عقاره (٣) . وليس يلزم أن الذى يقوم بالعمل الإيجابى المتعارض مع حق الارتفاق هو صاحب العقار المرتفق به نفسه ، فقد يقوم به الغير ، وقد يقع بقوة قاهرة (٤) .

وينقطع التقادم ، وبوقف سريانه . بنفس الأسباب المقررة فى انقطاع التقادم المسقط ووقف سريانه (٥) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٧ مدنى سالفه الذكر على أنه « إذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع ، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين ، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم » . فإذا كان العقار

(١) نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سريه ١٩٣٥ - ١ - ٦٢ - ٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ سريه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ - ويقع على عاتق صاحب العقار المرتفق به إثبات آخر عمل انقطع بعده عن استعمال حقه ، حتى إذا كانت مدة التقادم لم تتم منذ هذا العمل لم يسقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال (نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ سريه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٧ وهامش ٢١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٦٣) .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٨ وما بعدها بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ - عبد المنعم البدرارى فقرة ٢٨٣ .
(٣) ويقع على عاتق صاحب العقار المرتفق به عبء إثبات القيام بعمل إيجابى يتعارض مع حق الارتفاق فتسرى من وقت هذا العمل مدة التقادم (بودرى وشوفو فقرة ١١٦٣ ص ٨٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧) .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ .

(٥) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٦ - ١٤٧ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ .

المرتفق شائعا بين شركاء متعددين . فان بقاء أحد هؤلاء الشركاء دون الباقيين متنعما بحق الارتفاق لا يجعل المدة تسرى في حقه بداهة . ويقطع في الوقت ذاته سريان المدة بالنسبة إلى الباقيين . كذلك قطع أحد شركاء التتادم يفيد الباقيين فيقطعه بالنسبة إليهم أيضا ، كما يقع ذلك فيما بين المدينين المتضامنين (١) . وإذا كان بين الشركاء قاصر ليس له نائب ، فان التتادم يوقف بالنسبة إليه ، وكذلك يوقف بالنسبة إلى الآخرين ، كما يقع ذلك أيضا فيما بين المدينين المتضامنين (٢) . وينتفع سائر الشركاء بانقطاع التتادم أو وقفه بالنسبة إلى أحدهم طول المدة التي يبقى فيها الشيوع قائما . فاذا حصلت القسمة بين الشركاء ، فان كان العقار قد وقع في نصيب نفس الشريك الذي انقطع التتادم أو وقف بالنسبة إليه ، بقى بداهة متنعما بانقطاع التتادم أو وقفه . أما إذا وقع العقار في نصيب شريك غيره ، فالأثر الرجعي للقسمة كان يقتضي القول بأن الشريك الذي انقطع التتادم أو وقف بالنسبة إليه أصبح أجنبيا عن العقار ، فيعتبر انقطاع التتادم أو وقفه كأن لم يكن ، ومن ثم لا يعتبر التتادم قد انقطع أو وقف بالنسبة إلى الشريك الذي وقع في نصيبه العقار . وعلى هذا الوجه قضت محكمة النقض الفرنسية (٣) . ولكن الفقه الفرنسي يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى أن انقطاع التتادم أو وقفه يصبح نهائيا بالنسبة إلى سائر الشركاء أيا كانت نتيجة القسمة ، ولا يعتد بالأثر الرجعي . وهذا هو الرأي الذي يتمشى مع اطلاق النص ، سواء في التشريع المدني الفرنسي (م ٧٠٩-٧١٠) ، أو في التقنين المدني المصري (م ١٠٢٧/٢) (٤) .

فاذا اكتملت مدة التتادم ، سقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال . ولا يمنع من سقوطه أن يعود صاحب العقار المرتفق إلى استعمال حق الارتفاق بعد اكتمال

(١) نقض فرنسي ١٢ يولييه سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ١ - ٤٦٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٩ ص ٩٨٣ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأحكام التحضيرية ص ٦٥٠ .

(٣) نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٤٥ دالوز ٤٦ - ١ - ٢١ - ٢٩ أغسطس سنة ١٨٥٣ سيرييه ٥٣ - ١ - ٧٠٧ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٩ ص ٩٨٣ - ص ٩٨٤ .

مدة التقادم . إلا إذا لم يعترض صاحب العقار المرتفق به على ذلك وفسر عدم اعتراضه على أنه نزول منه عن حقه في التمسك بالتقادم (١) .

وقد رأينا أن آخر الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٧ مدني سالف الذكر يقول : « وكما يسقط التقادم حق الارتفاق . يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها » . فقد يعدد صاحب حق الارتفاق إلى استعمال حقه استعمالا جزئيا . ويبقى كذلك خمس عشرة سنة . أو ثلاثا وثلاثين سنة بالنسبة إلى الوقف : فلا يسقط حق الارتفاق سقوطا كليا بعدم الاستعمال ؛ وإنما ينتقص إلى القدر الذي استعمل . ولكن إذا كان حق الارتفاق غير مستمر . وجب التمييز بين فرضين : (١) أن يكون صاحب حق الارتفاق قد استعمله استعمالا جزئيا وفقا لحاجاته دون أن يعوقه عن الاستعمال الكلي عائق . كما إذا كان الارتفاق حق مرور مشيا على الأقدام أو ركوبا فظل صاحبه يمر مشيا مدة خمس عشرة سنة دون أن تقتضيه الحاجة أن يمر ركوبا . ففي هذا الفرض يعتبر هذا الاستعمال الجزئي بمثابة الاستعمال الكلي إذا لم يقم عائق دون الاستعمال الكلي ولكن صاحب حق الارتفاق لم يحتاج إلى هذا الاستعمال ؛ فيبقى حق الارتفاق كما هو دون أن ينتقص . (٢) أن يكون قد قام عائق مادي دون الاستعمال الكلي . كأن يكون الطريق قد جعل غير صالح للمرور ركوبا فاضطر صاحب حق المرور أن يمر مشيا على الأقدام مدة خمس عشرة سنة . وفي هذا الفرض ينتقص حق الارتفاق بعدم الاستعمال الجزئي ، ويصبح مقصورا على المرور مشيا على الأقدام دون المرور ركوبا (٢) . وكما ينتقص حق الارتفاق بعدم الاستعمال الجزئي عن طريق التقادم المسقط ، يجوز كذلك أن يتسع بالإفراط في الاستعمال عن طريق التقادم المكسب . فإذا كان صاحب حق المرور مشيا على الأقدام قد استعمل الطريق للمرور ركوبا مدة خمس عشرة سنة ، فإن حق ارتفاقه يكون قد اتسع على هذا الوجه ، فيصبح حق ارتفاق بالمرور مشيا على الأقدام وركوبا

(١) نقض فرنسي ٧ يولييه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٨٥ - ٢٣ يولييه سنة ١٨٦٠

سيريه ٦١ - ١ - ٥٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ من ٩٧٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٥ من ٩٩٧ .

في وقت واحد (١) . وإذا كان قد تعود المرور من طريق آخر غير الطريق الذي خصص له في الأصل ، وظل يمر من هذا الطريق الآخر مدة خمس عشرة سنة . فإن كيفية استعمال حق الارتفاق يكون قد تعدل بالتقادم على هذا الوجه ، وأصبح الطريق الآخر هو الذي يستعمل فيه حق المرور دون الطريق الأصلي (٢) .

٦٢٢- استمارة استعمال من الزورثمار: - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٨ مدني على ما يأتي :

١ - ١ : ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق .

٢ - ٢ : ويصود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال « (٣) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد تعديل حال الأمكنة أو طبيعة الأعمال الممدة لضمان استعمال الارتفاق لا يترتب عليه قانوناً زوال حق الارتفاق ، إذا كان ذلك لم يتناول إلا طريقة الاستعمال فقط ولم يتمدها إلى الحق نفسه (نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٣) . وانظر في ذلك أوبري ودر ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥١ - ص ٩٥٢) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣/٩٩٣ : ويحق لنقاضي أن يأمر بالترقيين إذا كان الارتفاق غير مجد ، أو غير ممكن الإنفاذ .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٣ (موافق) .

قانون الملكية المقارنة اللبناني م ٩٠ (مطابق نص المادة ٣/٩٩٣ سوري ، وهذا النص الأخير مأخوذ منه) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهى إذا أصبح استعماله مستحيلاً. وتنتج الاستحالة من تغير في وضع الأشياء ، سواء كان التغير حادثاً في العقار المرتفق به أو في العقار المرتفق (١). فإذا كان الارتفاق ارتفاعاً بالمطل مثلاً ، وهدم المنزل المرتفق فانهدمت بهدمه النافذة التي كانت تطل على العقار المرتفق به ، فإن حق الارتفاق ينتهى لاستحالة استعماله بسبب تغير حدث في العقار المرتفق (٢). وإذا كان الارتفاق ارتفاعاً بالمرور ، ثم انحبس العقار المرتفق به فأصبح لا يمكن الوصول منه إلى الطريق العام ، فإن حق الارتفاق ينتهى كذلك لاستحالة استعماله بسبب تغير حدث في العقار المرتفق به (٣). والتعبير « بانتهاء حق الارتفاق » وبعودنه إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، ليس بالتعبير الدقيق . والصحيح أن حق الارتفاق لا ينتهى بامتحالة استعماله ، بل يوقف استعماله إلى أن تزول هذه الاستحالة . فإذا ما زالت عاد استعماله إلى ما كان عليه ، ولكن حق الارتفاق نفسه يستمر باقياً ، فهو لم يزل حتى يقال إنه يعود (٤). وفي التقنين المدني الفرنسى تطبيق واضح لذلك ، فقد نصت المادة ٦٦٥ من هذا التقنين على أنه « إذا أعيد بناء حائط مشترك أو منزل ، فإن الارتفاقات التي كانت للحائط المشترك أو للمنزل ، أو كانت عليه ، تستمر بالنسبة إلى الحائط أو المنزل الجديد ، على ألا تكون أكثر مشقة ، وعلى أن تتم إعادة البناء قبل أن تكتمل مدة التقادم » . ويجب أن تكون استحالة استعمال حق الارتفاق استحالة تامة ، ولا يكفي

(١) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٢٧٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت من الأوراق أن منزل الطامن ، الذي كان مقرراً لصالحه حق ارتفاق بالمطل ، قد هدم وأعيد بناؤه بوضع أصبح معه لا يحتوى على مطلات أو مناور ، وأصبح في حالة لا يمكن معها استعمال حق المطل ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أساس زوال ذلك الحق ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٢ ص ٧٨٦) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

ص ٦٥٢ .

(٤) أنظر استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩١ - نقض فرنسى

١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٣٦ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ - بلانيرل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ .

أن يصبح الارتفاق أكثر مشقة (١) . ويستوى أن ترجع الاستحالة إلى قرة
 قاهرة ، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق به ، أو إلى فعل صاحب العقار
 المرتفق ، أو إلى فعل أجنبي (٢) . ويعود حق الارتفاق إذا عادت الأشياء إلى
 وضع يمكن معه استعمال الحق ، كما سبق القول . وليس من الضروري أن تعود
 الأشياء إلى وضعها الأصلي تماما ، بل يكفي أن ترجع إلى وضع تمكن معه
 العودة إلى استعمال حق الارتفاق دون أن يكون هذا الاستعمال أكثر مشقة (٣) .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٨ مدني صالفة الذكر : « ويعود (حق
 الارتفاق) ... إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » . فإذا بقي استعمال حق
 الارتفاق مستحيلا مدة خمس عشرة سنة ، أو مدة ثلاث وثلاثين بالنسبة إلى
 الوقف ، فإنه لا يعود ، حتى لو عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعماله .
 ذلك بأن حق الارتفاق في هذه الحالة يكون قد انتهى ، ولكن ليس بسبب
 استحالة استعماله ، ولكن بسبب عدم الاستعمال (٤) . وهناك رأى يذهب إلى
 أن استحالة الاستعمال تكون سببا لوقف التقادم ، ومن ثم يجب ألا يستعمل حق
 الارتفاق خمس عشرة سنة ، أو ثلاثا وثلاثين سنة ، دون أن تعسب المدة التي
 استحال فيها استعماله ، حتى يسقط الحق بعدم الاستعمال . وهذا هو الرأي الذي
 أخذت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين قالت : « فإن عاد العقار
 المرتفق به إلى حالته الأولى ... عاد حق الارتفاق » ، إلا أن يكون قد مضى
 على عدم استعماله المدة التي يسقط بها ، ولا يحسب في هذه المدة الوقت الذي
 تعذر فيه استعمال (الحق) (٥) . ولكن الرأي الراجح هو عكس ذلك ،

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٠ - بودري وشوفو فقرة ١١٥٠ - بلانيول
 وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٣ .

(٢) ديمولوب ١٢ فقرة ٩٦٥ - فقرة ٩٦٦ - بودري وشوفو فقرة ١١٥٠ -
 بلانيول . ريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ .

(٣) نقض فرنسي ١١ مارس ١٨٧٥ : دالوز ٧٤ - ١ - ٢٤٠ - أوبري ورو ٣
 فقرة ٢٥٥ ص ١٤١ - بودري وشوفو فقرة ١١٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة
 ٩٩١ ص ٩٧٤ - ص ٩٧٥ .

(٤) إسماعيل غانم ص ٤٢ - وقد ينجم استحالة استعمال حق الارتفاق من هلاك الشيء ،
 وعند ذلك ينهى حق الارتفاق بالهلاك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٢) .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٢ - وانظر في هذا المعنى Toullier ٣ فقرة ٦٩٠
 ماركاديه المادة ٧٠٣ والمادة ٧٠٤ Toullier - ٢ ص ٤٦٢ - Solon ص ٥٠٥ .

فتحسب المدة التي استحال فيها استعمال حق الارتفاق في سقوط هذا الحق بعدم الاستعمال (١) .

٦٢٣ - انعدام الفائدة من حق الارتفاق - نص قانوني : تنص المادة

١٠٢٩ مدني على ما يأتي :

« لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (٢) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق ، أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذي يلقيه على العقار المرتفق به . مثل ذلك أن يكون الارتفاق حق شرب ، واستطاع مالك العقار المرتفق أن يحفر بئراً إرتوازية في أرضه تغنيه ، هي وموارد المياه الأخرى التي عنده دون نظر لحق الشرب ، عن هذا الحق الأخير ، أو في القليل نجعل حق الشرب فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذي يتحمله العقار المرتفق به من جراء حق الشرب . ففي هذه الحالة يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التخلص من حق الارتفاق ، ولو دون موافقة صاحب العقار المرتفق . فقد وازن القانون بين مصلحتين ، مصلحة صاحب

(١) ديمولومب ١٢ فقرة ٩٧٩ - ديرانتون ٥ فقرة ٦٥٥ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٢ هامش ٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٠ من المشروع التمهيدي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٣ - ص ٦٥٤) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣/٩٩٣ : ويحق لقاضي أن يأمر بالترقين إذا كان لارتفاق غير مجد ، أو كان غير ممكن الإنفاذ .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٤ (مطابق) .

قانون النكية العقارية اللبناني م ٩٠ (مطابق لنص م ٣/٩٩٣ من التقنين السوري ،

وهذا النص الأخير مأخوذ منه) .

العقار المرتفق في بناء الارتفاق وقد انعدمت أو أصبحت منقعة محدودة ، ومصلحة صاحب العقار المرتفق به في زوال الارتفاق وقد أصبحت هي المصلحة الراجحة إذ تفوق كثيراً مصلحة صاحب العقار المرتفق في بقاء الارتفاق ولما كانت حقوق الارتفاق تلي أعباء ثقيلة على العقارات المرتفق بها ، فقد أثر القانون تحرير العقار المرتفق به من حق الارتفاق في الحالة التي نحن بصددتها ولو اقتضى الأمر أن يدفع مالك العقار المرتفق به تعويضاً مناسباً لمالك العقار المرتفق في مقابل زوال حقه دون رضائه . فهذا ضرب من استرداد (rachat) حق الارتفاق ، يتم دون رضاء صاحب الحق ، لقيام مصلحة تبرر ذلك . أما إذا انعدمت كل فائدة لحق الارتفاق ، فإن مالك العقار المرتفق به يستطيع أن يتحرر منه دون دفع أي تعويض ، إذا لم يصيب مالك العقار المرتفق ضرر من زوال حق الارتفاق حتى يطلب التعويض عنه .

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ، عند اختلاف الطرفين ، ما إذا كان حق الارتفاق قد فقد كل منفعة أو أصبحت منفعته محدودة ، فيقضي بتحرير العقار المرتفق به من هذا الحق ، ويقدر أيضاً التعويض المستحق لمالك العقار المرتفق إن كان للتعويض محل (١) .

٦٢٤- تحذف الشرط الفاسخ وفسخ ملكية صاحب العقار المرتفق به : وقد يكون حق الارتفاق معلقاً على شرط فاسخ ، فإن حق الارتفاق يجوز تعليقه على الشرط كما يجوز إقراره بالأجل . وهنا يجب تطبيق القواعد العامة ، فإذا تحقق الشرط الفاسخ ، زال حق الارتفاق . ولكن لا يكون لزواله أثر رجعي ، فإن طبائع الأشياء تأبى أن تمحي المدة التي بقي فيها حق الارتفاق قائماً قبل تحقق الشرط الفاسخ واعتبار هذه المدة كأن لم تكن (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا النص : «ينتهي حق الارتفاق أخيراً إذا لم تصبح له فائدة ، أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به ، كما إذا كان الارتفاق حق مرور وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى إلى الطريق العام أقرب وأيسر . فيجوز لصاحب العقار المرتفق به ، في هذه الحالة ، أن يطلب تحرير عقاره من حق الارتفاق ، على أن يدفع تعويضاً مناسباً إذا كان هناك محل لذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٣) .

(٢) أوبى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودري وشوفو فقرة ١١٧٣ - بلانويل وريبير وميكار ٣ فقرة ٩٩٨ .

وإذا فسخت ملكية من أنشأ حق الارتفاق للعقار المرتفق به بسبب من أسباب الفسخ . فهنا أيضا يجب تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن من أنشأ حق الارتفاق يعتبر غير مالك للعقار المرتفق به بأثر رجعي ، ويتبين أنه كان لا يملك ترتيب حق ارتفاق على عقار لم يكن يوما ما ملكا له . ومن ثم يزول حق الارتفاق ، بزوال ملكية العقار المرتفق به (١) .

ولكن فسخ ملكية صاحب حق الارتفاق للعقار المرتفق لا يزيل حق الارتفاق (٢) ، لأن اشتراط المالك حق ارتفاق لفائدة عقاره يعتبر من أعمال الإدارة الحسنة التي لا تزول بفسخ ملكية هذا المالك ، ومن ثم يبقى حق الارتفاق هذا تابعا للعقار ، في أي يد ينتقل إليها هذا العقار بعد الفسخ .

٦٢٥ - زول صاحب حق الارتفاق عن حقه : وقد ينزل صاحب حق

الارتفاق عن حقه بإرادته المنفردة ، فينتهي هذا الحق بالتزول عنه .

والتزول قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمينا . فإذا كان ضمينا ، وجب استخلاصه من وقائع ثابتة يفهم منها حتما معنى التزول . فيعتبر نزولا ضمينا أن يشهد صاحب حق الارتفاق على عقد بيع واقع على العقار المرتفق به ، وقد ورد في شروط البيع أن العقار المبيع خال من أي حق ارتفاق . وذلك دون أن يتحفظ صاحب حق الارتفاق . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى استخلصت محكمة الموضوع النزاع الضمني استخلاصا سائفا من مقدمات تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ، فلا معقب عليها في ذلك لتعلقه بتقدير موضوعي من ساطتها المطلقة (٣) . وقضت أيضا بأن النزاع الضمني يمكن استخلاصه في حقوق الارتفاق التبعية ، التي يكون سبب التزام مالك العقار باحترام حق الارتفاق المترتب على عقاره لمصلحة عقار آخر هو التزام مالك هذا العقار الآخر باحترام الارتفاق المقابل المقرر لمصلحة مالك العقار الأول . فاذا خرج أيهما عن الالتزام

(١) أوبري ورو ٣ فترة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودري وشوفو فترة ١١٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فترة ٩٩٨ ص ٩٨٢ .

(٢) بيزانسوق ٢٥ يولي سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ٢ - ٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فترة ٩٩٨ ص ٩٨٢ فاش ٢ .

(٣) نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١١ ص ٧٥٨ .

المفروض عليه وخالف شروط عقده أو قيوده ، فإنه يكون قد أسقط حقه في إلزام جاره مالك العقار الآخر بتنفيذ التزامه الذي يفرضه لا سبب . ذلك بأن التنازل عن حقوق الارتفاق ، كما يكون صريحاً ، يجوز أن يكون ضمناً ، إذ لم يشترط القانون لتحقيقه صورة معينة (١) . ولكن لا يعتبر نزولاً ضمناً أن يترك صاحب حق الارتفاق أعمالاً تتم متعارضة مع حق ارتفاقه ، دون أن يعترض (٢) .

ولما كان التزل عن حق الارتفاق إرادة منفردة صادرة من صاحب هذا الحق كما قدمنا ، فهو ليس في حاجة إلى قبول مالك العقار المرتفق به (٣) ، وينتج أثره بصلوره من صاحب العقار المرتفق وإعلانه لصاحب العقار المرتفق به (٤) . ولكنه لا يسرى في حق الغير ، كمشتر للعقار المرتفق ، إلا إذا سجل قبل تسجيل هذا الشراء ، وفقاً للقواعد المقررة في التسجيل (٥) .

- (١) نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٨٧ ص ٥٣٨ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً الجزء الأول ص ١٦٩ رقم ٢٠ .
- (٢) نقض فرنسي ٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٤٧٣ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ هامش ٣
- (٣) استئناف مغلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ .
- (٤) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودري وشوفو فقرة ١١٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ .
- (٥) أنظر نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢١ - وقد قضت محكمة النقض بأن التنازل يعتبر ملزماً للتنازل بما يمنعه من توجيه طلبات إلى التنازل له تنطوي على إنكار لهذا التنازل ، ولا يمنع من ذلك أن يكون التنازل مما يجب تسجيله ، إذ لا يترتب على عدم التسجيل سوى تراخي زوال الحق الممنوع التنازل عنه . فإذا كان الطرفان قد أقاما دعواهما بطلب تمريض عن مخالفة المظنون عليه لقيود البناء ، وذلك بعد أن كانا قد تنازلا من هذه القيود ضمناً ، مما يعتبر منه هذا الطلب إنكاراً منهما تنازل الصادر من جانبها ، فإذا الحكم المظنون فيه إذاعت هذا التنازل ورتب عليه آثاره لا يكون مخالفاً لقانون (نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٩ ص ٧٠٨) .

فهرس

القسم الاول

اسباب كسب الملكية

تمهيد

صفحة

٥	التقسيم القلمى لأسباب كسب الملكية
٧	التقسيم العمل لأسباب كسب الملكية
١١	خطة البحث
	الباب الأول - كسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء
	الباب الثانى - كسب الملكية بسبب الوفا (الميراث والوصية)
	الباب الثالث - كسب الملكية فيما بين الأحياء (الاتصاف والمقد
	والشفعة والحيازة) ..

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء

١٢	التمييز بين المنقول والمقار
١٣	المبحث الأول - الاستيلاء على المنقول
١٣	المنقول الذى لا مالك له ..
١٥	كيف يتم الاستيلاء على المنقول الذى لا مالك له ..
١٧	§ ١ - المنقول الذى ليس له مالك منذ البداية
١٧	الشيء المشترك
١٨	صيد البر والبحر
٢٢	الحيوانات غير الأليفة
٢٥	§ ٢ - المنقول الذى كان له مالك ..
٢٥	الأشياء المتروكة ..
٢٦	الكثرة

صفحة

٣٥	النقطة (الأنبياء الضائعة)
٤٠	الأشياء الأثرية
٤٤	التركة التي لا وارث لها
٤٧	المبحث الثاني - الاستيلاء على العقار
٥٠	تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكاً للدولة
٥٢	لجنة ١٩٦٤
٥٢	كيف تمتلك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٤
٥٧	لجنة ١٩٥٨ ثم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤
٦٠	تملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة
٦٠	من المادة ٨٧٤ مدني
٦٠	حقوق الغير في الأراضي الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤
٦٨	١٠٠ لسنة ١٩٦٤

الباب الثاني

كسب الملكية بسبب الوفاة

الفصل الأول

الميراث

٧٨	المبحث الأول - تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث
٧٨	الشريعة الإسلامية تطبق على جميع المصريين وفي جميع مسائل الميراث
٨٠	١٩ - تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم
٨٠	قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣
٨٠	الأحكام العامة في الميراث : سبب استحقاق الإرث - ما يستحق من التركة قبل إرث الورثة - الموانع من الإرث
٨١	الإرث بالفرض (أصحاب الفروض) : الأب والجد الصحيح - أولاد الأم - الزوج والزوجة - البنات وبنات الابن - الأخوات الشقيقات والأخوات لأب - الأم والجدة الصحيحة
٨٢	الأم والجدة الصحيحة
٨٣	أموال والرد
٨٤	المصيبة بالنفس : البنت فالأبوة فالأخوة والموتمة

صفحة

- المعصبة بالفير : البنات مع الأبناء - بنات الابن مع أبناء
الابن - الأخوات الشقيقات مع الإخوة
- ٨٤ الأشقاء والأخوات لأب مع الإخوة لأب
المعصبة مع الفير : الأخوات الشقيقات أو لأب مع البنات
أو بنات الابن ٨٥
- إرث ذوى الأرحام : ٨٥
- الصنف الأول : أولاد البنات وأولاد بنات الابن ٨٥
- الصنف الثانى : الجد غير الصحيح والجدة غير الصحيحة ٨٥
- الصنف الثالث : أبناء الإخوة لأم وأولادهم - وأولاد
الأخوات - وبنات الإخوة وأولادهم -
وبنات أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب -
وأولادهم ٨٥
- الصنف الرابع : ست طوائف ٨٦
- ٢٩ - انتقال التركة من المورث إلى الوارث ... ٨٧
- انتقال حقوق التركة إلى الورثة : ٨٩
- أعيان التركة - الحقوق العينية الأصلية إلا ما يتفقى بالموت -
الحقوق العينية التسمية ٩٠
- الحقوق غير المالية ٩١
- الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث - حق الإيجل في الدين ٩١
- الحقوق المالية التى تتصل بمشينة المورث لا بما له - الخبرات
وحق الأخذ بالشفعة ٩٣
- متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة : ٩٥
- عند المالكية ٩٥
- عند الحنفية ٩٥
- عند الشافعية فى المذهب الجديد والحنابلة فى أشهر الروايتين
وفى القانون المصرى ٩٦
- هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها - مدى نطاق
القاعدة التى تقضى بالآثار تركة إلا بمدد الدين : ... ٩٧
- فى أية ذمة يبقى دين التركة بعد موت المورث - اختلاف
المذاهب الفقهية : ٩٩
- عند الحنفية والشافعية يبقى الدين فى ذمة الميت ويفترض
بقائه ذمته ٩٩
- عند المالكية يتعلق الدين بالتركة نفسها لا بذمة الميت ... ٩٩
- بمضى الحنابلة يقولون قول الحنفية والشافعية وبمنهم

صفحة

- يقولون قول المالكية ١٠٠
رأى ثالث عند المناقشة يذهب إلى أن الدين يتعلق بنسبة
الوارث في حدود ما يرث ، وهذا الرأي يتفق مع
- القانون المصري ١٠٠
— حكم تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون وما يجب
من الحماية لحقوق دائي التركة : ١٠١
الفرض الأساسي في المذاهب المختلفة هو حماية دائي التركة
القانون المصري يحمي حقوق الدائنين عن طريق تثجيل أموال
التركة بحق عيني خاضع للشهر ١٠٥
- المبحث الثاني — تنظيم حماية حقوق دائي التركة في القانون المصري ١٠٩
الطريقتان اللذان نظمهما القانون : ١٠٩
الطريق الأول — طريق الإجراءات الفردية ١٠٩
الطريق الثاني — طريق الإجراءات الجماعية ١١١
- المطلب الأول — طريق الإجراءات الفردية ١١٢
من يقوم بشهر الدين ١١٥
كيف يكون شهر الدين ١١٦
حالة شهر الدين في خلال سنة من شهر حق الإرث ١١٩
حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث ١٢٢
حالة عدم شهر الدين أصلاً : ١٢٣
الفرض الأول — ألا يكون إرث قد شهر حق إرثه ١٢٣
الفرض الثاني — أن يكون الإرث قد شهر حق إرثه ١٢٤
- المطلب الثاني — طريق الإجراءات الجماعية (التصفية الجماعية للتركة) ١٢٥
التصفية الجماعية للتركة أمر اختياري وهو على كل حال أمر
استثنائي ١٢٥
معنى أن تصفية التركة هي تصفية جماعية ١٢٦
مراحل التصفية الجماعية للتركة : مراحل أربع ١٢٧
- ١ § — المرحلة الأولى — تعيين مصف للتركة ١٢٨
كيف يعين المصفي : ١٢٩
تثبيت وصي التركة ١٣١
تعيين مصف للتركة ١٣٣
قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين : ١٣٤
الأثران المترتبان على قيد أمر تعيين المصفي : ١٣٦
لا يجوز التصرف في أموال التركة ولا استيفاء ما لها

١٣٦ من ديون ..
١٣٨	... لا يجوز اتخاذ أى إجراء فردى على أموال التركة .
١٤١ كيف تنتهى مهمة المصنفى .
١٤١ تنتهى مهمة المصنفى فى الأصل بانتهاء التصفية .
١٤١ تنتهى مهمة المصنفى قبل انتهاء التصفية بتذكية .
١٤١ تنتهى مهمة المصنفى قبل انتهاء التصفية بموته ..
١٤٢ تنتهى مهمة المصنفى قبل انتهاء التصفية بمرله .
١٤٢	٢٤ - المرحلة الثانية - جرد التركة بمالها وما عليها
١٤٣	تسلم المصنفى أموال التركة وما يتعلق بأجرة وبنفقات التصفية :
١٤٤ تسليم المصنفى لأموال التركة ..
١٤٤ تحديد أجر المصنفى ...
١٤٤ نفقات التصفية ...
١٤٥ مصروفات قسمة أموال التركة ...
١٤٥ اتخاذ الاحتياطات المستحقة للمحافظة على التركة :
	وضع الأختام على الغرف والقاعات التى تحتوى على الأثاث
١٤٦	الفاخر وعلى الخزائن والدواليب التى تحتوى على الأشياء الثمينة
	إيداع النقود والأوراق المالية والحل والجواهر وغيرها فى
١٤٦	أحد المصارف .
١٤٧ تقدير قيمة هذه الأشياء وإدراجها فى قائمة التردد ...
١٤٧ تجهيز الميث وصرف نفقة مؤقتة لمن كان الميث يعملهم من ورثة
١٤٨ تسديد نفقات تجهيز الميث ونفقات مآتمه ...
١٤٩ تقدير نفقة مؤقتة للورثة الذين كان المورث يعملهم ..
١٥٠ إدارة التركة ومسئولية المصنفى عن الإدارة ...
	الوسائل التحفظية كقيد الرهن وقطع التقادم وحجز ما للمدين
١٥٠ لدى الغير والحجز التحفظى ..
	أعمال الإدارة المألوفة كبيع المحصول وقبض الثقل والديون
١٥١ المستحقة والنيابة عن التركة فى الدعاوى ...
١٥١ مسئولية المصنفى هى مسئولية الوكيل المأجور ...
	تكليف دائى التركة ومدينها بتقديم بيان عما لهم من حقوق
١٥٢ وما عليهم من ديون :
١٥٣ توجيه تكليف على لدائى التركة ومدينها ...
١٥٣ الموايد الواجب مراعاتها فى هذا التكليف ...
١٥٤ الطرق المختلفة لنشر هذا التكليف ...

١٥٤	جرد حقوق التركة وديونها :
١٥٦	وسائل إحصاء ما للتركة من أعيان وحقوق وما يجب من ديون
١٥٧	تقدير قيمة أموال التركة والاستعانة بخبير عند الاقتضاء ...
١٥٧	عقوبة من استولى غشاً على شيء من أموال التركة ولو كان وارثاً
	إعداد قائمة بجرد التركة وإيداعها قلم كتاب المحكمة وإخطار
١٥٨	ذوى الشأن بهذا الإيداع
١٥٩	الفصل في المنازعات المتعلقة بجرد :
١٦٠	المنازعات في قائمة الجرد
١٦١	فحص المحكمة للمنازعات فحوصاً مبدئياً
١٦٢	صدور أمر في شأن هذه المنازعات
١٦٢	٣٨ - المرحلة الثالثة - تسوية ديون التركة
١٦٣	حتى توفي ديون التركة ومن أين توفي :
	الوفاء بالديون غير المتنازع فيها إذا كانت التركة موسرة
١٦٤	والوفاء بالديون الأخرى عند انتهاء النزاع
	وفاء الديون من نقود التركة وما يقتضيه المصنف من حقوقها
١٦٦	في ذمة مدينها
١٦٦	وفاء الديون من الأوراق المالية التي في التركة
١٦٦	وفاء الديون من منقولات التركة ثم من عقاراتها
١٦٧	تعميل الوفاء بالديون المؤجلة :
١٦٨	تعميل الدين ذي الفوائد بالتطبيق لقاعدة ٥٤٤ مدني
١٦٩	تعميل الدين الذي لا فوائد له
١٦٩	استبقاء أجل الديون وتوزيعها على الورثة :
	توزيع الديون المؤجلة مع أموال التركة بحيث يكون نصيب
١٧٠	كل وارث مداداً لصافي حصته من الإرث
١٧٠	جواز ترتيب ضمانات خاصة للدائنين
١٧١	استبقاء الدائن لتأمينه الخاص
١٧١	السبب في إضافة التأمينات التكميلية
١٧٢	جواز تعميل أحد الورثة لديه المؤجل
١٧٢	وفاء الديون التي لم تظهر في قائمة الجرد :
	رجوع هؤلاء الدائنين على الورثة في أموال التركة التي
١٧٣	لا تزال في أيديهم
	رجوع هؤلاء الدائنين على الورثة إذا تصرف هؤلاء في أموال

صفحة

١٧٤	التركة بموجب إثراء الوارث على حساب الدائن ...
	استبقاء هؤلاء الدائنين حقهم في الرجوع على أموال التركة
١٧٤	التي لا تزال في أيدي الورثة ..
١٧٤	تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف ...
١٧٤	تنفيذ التكاليف التي على التركة كالضرائب ...
١٧٤	تنفيذ الوصايا في حدود نصاب الوصية ...
	§ ٤ - المرحلة الرابعة - تسليم أموال التركة لورثة خالية
١٧٥	من الديون وقسمة هذه الأموال ...
١٧٦	تسليم ما بقي من أموال التركة بعد تصنيفها للورثة :
	تسليم المحكة شهادة الإرث للوارث بعد أن يقدم هذا الإعلام
١٧٧	الشرعي للورثة ...
١٧٨	شهر الوارث حقه في الإرث عن طريق تسجيل هذه الشهادة
	جواز تسليم الوارث لكل نصيبه أو بعضه بمجرد انقضاء الميعاد
١٧٩	المقرر لتنازعات المتعلقة بالجرد ...
١٧٩	قصة المصفي للتركة : ...
١٨١	طلب الوارث تسليم نصيبه مفرزاً ...
١٨١	تجنيب حصة الوارث بالاتفاق مع الورثة ...
١٨١	رفع دعوى القسمة إذا تعذر اتفاق الورثة ...
١٨١	أحكام خاصة تنفرد بها بعض أموال التركة عند قسمتها : ...
١٨٢	الأوراق العائلية والأشياء التي تتصل بماطقة الورثة نحو المورث
١٨٣	المستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري ...
١٨٤	الديون التي للتركة على مدينها ...
١٨٥	قصة المورث ...
	جواز زيادة نصيب الوارث في هذه القسمة بمقدار نصاب
١٨٦	الوصية ...
١٨٧	جواز إفراز نصيب بعض الورثة دون بعض ...
١٨٧	قصة المورث هي وصية وقسمة ...
	الحالات التي لا تتناول فيها قصة المورث كل أموال التركة أو
١٨٨	كل الورثة أو كل ديون التركة : ...
١٨٨	عدم تناول القسمة كل أموال التركة ..
١٨٩	عدم تناول القسمة كل الورثة ..
١٩٠	عدم تناول القسمة كل ديون التركة ...

١٩١ شهر حق الإرث	المبحث الثالث
١٩١ خضوع حق الإرث للشهر منذ قانون تنظيم الشهر العقاري	
١٩٤ كيف يتم شهر حق الإرث طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري	
١٩٥ من يقوم بشهر حق الإرث	
١٩٥ المحرر الذي يسجل	
١٩٦ عدم دفع رسم عن شهر حق الإرث	
	جزاء عدم شهر حق الإرث : تنتقل إلى الوارث ملكية نصيبه ولكن لا يجوز شهر تصرفه في هذا النصيب	
١٩٧ قصر الشهر على جزء من عقارات التركة	
١٩٧ إجراءات شهر حق الإرث طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري :	
١٩٧ طلب شهر حق الإرث	
١٩٨ المستندات التي ترفق بطلب شهر حق الإرث	
٢٠٠ تلبية الشهر	
٢٠١ شهر - حق الإرث في قانون السجل العيني :	
٢٠٢ جزاء عدم الشهر هو عدم جواز تصرف الوارث	
٢٠٢ تقديم طلب القيد إلى مأمورية السجل العيني	
	الفروق ما بين شهر حق الإرث في قانون السجل العيني وشهره في قانون تنظيم الشهر العقاري	

الفصل الثاني

الوصية

٢٠٦ تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الوصية	المبحث الأول
	قانون الوصية المستمد من الشريعة الإسلامية هو الذي يسرى على الوصية لجميع المصريين :	
٢٠٦ قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ومشتقاته	
٢٠٧ الأحكام الرئيسية التي اشتمل عليها قانون الوصية	
٢٠٧ شكل الوصية وشروط صحتها :	
٢٠٨ شكل الوصية - أحد أشكال ثلاثة	
٢٠٨ شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى	
٢٠٩ شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى له	
٢٠٩ شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى به	
٢١٠ رجوع الموصى عن الوصية :	

صفحة

٢١٠	رجوع الموصى صراحة أو دلالة
٢١٠	مالا يعتبر رجوعاً في الوصية
٢١٠	قبول الموصى له الوصية ورده إياها :
٢١٠	قبول الموصى له الوصية أو ردها يكون بعد وفاة الموصى
٢١١	موت الموصى له قبل القبول أو الرد وقيام ورثته مقامه
	إبلاغ الموصى له بالوصية باعلان رسمي ومضى ثلاثين يوماً
٢١١	على ذلك
٢١١	الموصى له :
	الوصية للمعذور والوصية بالمنافع لطبقتين والوصية لمن
٢١١	لا يحصون
٢١١	الوصية لمعينين
٢١١	الوصية للحمل
٢١٢	الموصى به :
٢١٢	الوصية بالثلث للوارث وغيره
٢١٤	الوصية بسهم شائع في التركة
٢١٥	الوصية بمنفعة العين
٢١٦	الوصية بالمرتببات
٢١٦	الوصية الواجبة :
٢١٦	متى تكون الوصية الواجبة
٢١٧	الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا
٢١٨	— حماية الورثة من "وصايا المسترة"
٢١٨	حالتان يحى فيهما الوارث من الوصايا المسترة
٢٢٠	الحالة الأولى — التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت :
٢٢١	الشرط الأول — التصرف صادر في مرض الموت :
٢٢٢	أى تصرف وليس البيع فقط
	عبء إثبات أن التصرف قد صدر في مرض
٢٢٢	الموت
٢٢٤	الشرط الثاني — التصرف مقصود به التبرع :
	أكثر ما يقع ذلك في البيع وقد ورد فيه نص
٢٢٤	خاص
٢٢٥	عبء إثبات أن التصرف مقصود به التبرع
	الحالة الثانية — التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بإجازة العين
٢٢٥	وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته :

المبحث الثاني

٢٢٦	في عهد التقنين المدني القديم
٢٢٧	المشروع انتهيدى والتصرف لغير الوارث
						التقنين المدني الجديد واحتفاظ المورث بحيازة ايميز والانتفاع
٢٢٩	بها مدى الحياة
٢٣٣	القرينة قرينة قانونية غير قاطعة ..
٢٣٤	وحسن القرينة
٢٣٤	عدم دحض القرينة وبقاؤه قائمة
٢٣٥	شهر الوصية ..

المبحث الثالث

٢٣٥	خضوع الوصية للشهر منذ قانون تنظيم اشهر المقارى
٢٣٦	كيف يتم شهر الوصية طبقاً لقانون تنظيم اشهر المقارى :
٢٣٦	متى شهر الوصية
٢٣٧	من يقوم بشهر الوصية
٢٣٧	المحرر الذى يسجل
٢٣٧	دفع رسم نسبى عن تسجيل الوصية
						جزاء عدم تسجيل الوصية : عدم انتقال ملكية المقار الموصى
٢٣٧	به لا بالنسبة إلى الغير ولا بين ذوى الشأن
٢٣٨	إجراءات شهر الوصية طبقاً لقانون تنظيم اشهر المقار
						الصورة الأولى : الموصى له يقوم بتسجيل الوصية الموثقة
						في ورقة رسمية أو الخثرة في ورقة عرفية
٢٣٩	مصدق فيها على إمضاء الموصى أو حننه
						الصورة الثانية : الموصى له يقوم بتسجيل الوصية المكتوبة
٢٣٩	كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه
٢٤٠	الصورة الثالثة : الموصى يقوم في حال حياته بتسجيل الوصية
٢٤٠	الصورة الرابعة : الوصية الواجبة
٢٤١	شهر الوصية في قانون السجل العيني :
						جزاء عدم اشهر هو أن ملكية المقار الموصى به لا تنتقل إلى
٢٤١	الموصى حتى بين ذوى الشأن ..
٢٤٢	تقديم طلب القيد إلى مأمورية السجل العيني
						الفرق ما بين القيد في السجل العيني والتسجيل في قانون تنظيم
٢٤٢	الشهر المقارى : للقيد حجية مطلقة ..

الباب الثالث

كسب الملكية فيما بين الأحياء

الفصل الأول

الالتصاق

صفحة

٢٤٣	مقومات الالتصاق وتكييفه القانوني : ..
	مقومات الالتصاق : الاندماج والتميز واختلاف المالك
٢٤٣	وانعدام اتفاق سابق ..
	التكييف القانوني للالتصاق : واقعة مادية مكسبة للملكية جديدة
٢٤٤	(بخلاف ملكية الثمار فهي نفس الملكية الأصلية) ..
٢٣٧	ما استحدث التقنين المدني الجديد من الأحكام في الالتصاق ..
٢٤٨	أحوال الالتصاق : ..
٢٤٨	الالتصاق الطبيعي بالعقار ..
٢٤٨	الالتصاق الصناعي بالعقار ..
٢٤٨	الالتصاق المنقول بالمتنول ..

المبحث الأول — الالتصاق الطبيعي بالعقار (التصاق المنقول

٢٤٨	بالأرض بفعل الشبان) ..
٢٥١	فعل مياه البحر ومياه الراكة كالبحيرات والبرك ..
٢٥٢	فعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمي : ..
	شروط تراكم الطمي : طريقة تدريجية غير محسوسة —
٢٥٢	علو الطمي أعلى منسوب المياه — ملاصقة للأرض المجاورة
	حكم الطمي : ملكيته لمالك الأرض المجاورة بطريق
٢٥٤	الالتصاق ..
٢٥٤	طرح النهر وأكله : ..
٢٥٧	قانون رقم ١٠٠ هو القانون المعمول به الآن ..
	طرح النهر ممنوك للدولة مكية خاصة وبوزع على صغار الفلاحين
٢٥٨	طبقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي ..
٢٥٩	تعريف أصحاب أكل النهر تعريفاً تقديماً ..

المبحث الثاني — الانتصاق الصناعى بالعقار (انتصاق المنشآت

صفحة

٢٦٠	بالأرض بفعل الإنسان (
٢٦٠	مالك الأرض يعتبر مالكا للمنشآت التى فيها :
٢٦١	قرينة قانونية قابلة لإثبات للمكس
٢٦٢	الدليل المكس الذى يدحض هذه القرينة
٢٦٣	صور ثلاث لتلك صاحب الأرض المنشآت بالانتصاق :
٢٦٣	صاحب الأرض هو البانى فى أرضه بأدوات مملوكة لغيره
٢٦٤	صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره
٢٦٤	البانى بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره

المطلب الأول — الصورة الأولى — صاحب الأرض هو البانى فى

٢٦٧	أرضه بأدوات مملوكة لغيره
٢٦٨	صاحب الأرض حسن النية :
٢٦٨	صاحب الأرض يملك الأدوات بالحيازة
٢٦٨	صاحب الأرض لا يملك الأدوات بالحيازة
٢٦٩	صاحب الأرض سيئ النية :
٢٦٩	الفرض الأول — نزع الأدوات يلحق بالمنشآت ضرراً جسيماً
٢٦٩	الفرض الثانى — نزع الأدوات لا يلحق بالمنشآت ضرراً

٢٧١	جسيماً :
٢٧١	دعوى الاسترداد ترفع فى مبدئية ..
٢٧٢	دعوى الاسترداد لا ترفع فى مبدئية
٢٧٣	وضع منقول فى الأرض غير أدوات البناء

المطلب الثانى — الصورة الثانية — صاحب الأدوات هو البانى فى

٢٧٣	أرض غيره ..
٢٧٦	١٨ — الأحكام العامة فى الانتصاق فى صورته الثانية :
٢٧٦	البانى سيئ النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره :
٢٧٦	المهد الأول فى خلال ستة تبدأ من اليوم الذى يعلم فيه مالك
٢٧٩	الأرض بإقامة المنشآت :
٢٧٩	مالك الأرض يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع
٢٧٩	التعويض ..
٢٧٩	مالك الأرض يملك المنشآت بالانتصاق بأول القسيتين : قيمتها
٢٧٩	منحقة الإزالة وقية ما زاد فى ثمن الأرض بسبب
٢٨٠	هذه المنشآت

صفحة

- المهاد الثاني عند انقضاء السنة ٢٨٢
- مالك الأرض يملك المنشآت بالاتصاق بأقل القيمتين ... ٢٨٣
- الباني حسن النية يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت : ... ٢٨٤
- مالك الأرض يملك المنشآت بأقل القيمتين : قيمة المواد وأجرة العمل
- وقية مازاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ٢٨٧
- جواز أن يطلب الباني نزع المنشآت ٢٨٩
- جواز أن يطلب صاحب الأرض تملك الأرض لمن أقام
- المنشآت نظير تعويض عادل ٢٨٩
- ٢٨ - فروض أخرى تسرى عليها الأحكام العامة
- الاتصاق في صورته الثانية ٢٩١
- فرض ما إذا رخص صاحب الأرض لباني في البناء ٢٩١
- فرض ما إذا بنى المتفع في الأرض المتفع بها ٢٩٤
- فرض ما إذا بنى المالك ثم أبطل ملكيته أو فسخت ٢٩٦
- فرض ما إذا بنى الباني في الأرض المبنية قبل تسجيل البيع أو بنى
- المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل ٢٩٨
- ٢٩ - أداء التعويض لصاحب المنشآت ٣٠٣
- حق صاحب المنشآت في حبس المنشآت حتى يستوفى التعويض ... ٣٠٤
- من صاحب الأرض في تنسيق دفع التعويض ٣٠٦
- ٣٠ - فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام
- الاتصاق ٣٠٨
- فرض ما إذا بنى المتأجر في العين المؤجرة ٣٠٨
- فرض ما إذا بنى المشتري في المقر المشفوع فيه ٣١١
- فرض ما إذا بنى المشتري في الأرض المكتسبة ٣١٣
- ٣١ - فروض تستبعد أصلاً من نطاق أحكام الاتصاق ... ٣١٤
- فرض ما إذا بنى المالك في الشيوع في الأرض الشائعة ٣١٤
- فرض ما إذا بنى الفضولي أو الوكيل في أرض رب العمل أو الموكل ... ٣١٥
- ٣٢ - فروض تستثنى من أحكام الاتصاق ٣١٦
- فرض ما إذا جار جار يحسن نية على جزء صغير من الأرض
- الملاصقة ٣١٦
- المنشآت الصغيرة المقامة على أرض الغير لا على سبيل الدوام ... ٣١٩

المطلب الثالث - الصورة الثالثة - الباني بنى فى أرض غيره

وبأدوات غيره ٣٢١

علاقة صاحب المواد بالباني ٣٢٢

علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض ٣٢٣

علاقة الباني بصاحب الأرض ٣٢٤

المبحث الثالث - التصاق المنقول بالمنقول ٣٢٥

شروط انتمسك المنقول بالمنقول : ٣٢٧

التصاق بين منقول ومنقول ٣٢٧

اختلاف المالك ٣٢٧

اندماج المنقولين أحدهما فى الآخر ٣٢٧

انعدام اتفاق سابق ٣٢٧

أحكام التصاق المنقول بالمنقول ٣٢٨

توجيهات عامة يترشد بها القاضى ٣٢٨

الضم والخلط أو المزج والتحويل ٣٣٠

الفصل الثانى

العقد

كسب الملكية بالمقد فى المنقول والمقار ٣٣١

كسب الملكية بالمقد فى المنقول : ٣٣٣

الشيء المعين بالذات ٣٣٣

الشيء المعين بنوعه ٣٣٣

كسب الملكية بالمقد فى المقار - وجوب الشهر : ٣٣٤

المرحل التى مر بها انتقال الملكية فى المقار : ٣٣٧

قبل صدور التقنين لمدن القديم ٣٣٧

منذ صدور التقنين لمدن القديم ٣٣٧

منذ صدور قانون التسجيل ٣٣٨

منذ صدور قانون تنظيم الشهر المقارى ٣٣٩

نظام السجل العيى ٣٤٠

المبحث الأول - المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر

على الشهر ٣٤٣

التصرفات و لأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيى مقارى أصل أو

نقله أو تغييره أو زوائه ٣٤٦

صفحة

التصرفات و لأحكام الكاشفة عن حق عيني عقارى أصل ... ٣٤٦

الدعاوى الخاصة للشهر ... ٣٤٦

المطلب الأول - التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني

عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله .. ٣٤٦

§ ١ - التصرفات والأحكام الواجبة الشهر .. ٣٤٦

المقود الواجبة الشهر : ... ٣٤٦

المقود المنشئة لحق عيني عقارى أصل (انتفاع أو ارتفاق

أو حكر) ... ٣٤٧

المقود الناقلة لحق عيني عقارى أصل (البيع والمقايضة والوفاء

بمقابل والهبة والشركة) ... ٣٤٧

المقود المنيرة لحق عيني عقارى أصل ... ٣٤٧

المقود المنية لحق عيني عقارى أصل ... ٣٤٨

التصرفات الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر : ... ٣٤٨

الوقف ... ٣٤٨

الوصية ... ٣٤٩

إنشاء اسلوسة ... ٣٤٩

التصرفات الإدارية (نزع الملكية المنفعة العامة - تقسيم

الأراضى - ردم البرك والمستنقعات - طرح البحر

وأكله) ... ٣٥٠

الأحكام المنشئة الواجبة الشهر : ... ٣٥٢

أحكام مرسى المزارع ... ٣٥٤

الحكم بثبوت الشفعة ... ٣٥٥

§ ٢ - ما يترتب على الشهر من أثر ... ٣٥٦

أولا - التصرف أو الحكم قبل أن يشهر : ... ٣٥٦

في قانون الشهر العقارى : ... ٣٥٦

البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير

ولا فيما بين المتعاقدين ... ٣٥٧

البيع غير المسجل لا يزال بيماً فينتج آثاره عدا نقل

الملكية ... ٣٥٩

في قانون السجل المبنى : ... ٣٦٠

البيع غير المقيد لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير

ولا فيما بين المتعاقدين ... ٣٦٠

مفصلة

- البيع غير المقيد لا يزال يبرأ فينتج آثاره عدا
- ٣٦١ ... نقل الملكية ...
- ٣٦١ ... ثانياً - التصرف أو الحكم بعد أن يشهر ...
- ٣٦١ ... في قانون الشهر العقاري :
- ٣٦٢ ... البيع المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ...
- ليس لانقضاء الملكية أثر رجعي يستند إلى
- ٣٦٣ ... وقت البيع ...
- الرأى المعارض القائل بأن لانقضاء الملكية
- فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً والحجج
- التي يستند إليها ...
- ٣٦٨ ... للبيع المسجل ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ...
- ٣٦٩ ... حسن النية والتسجيل :
- ٣٧٠ ... عهد التقنين المدنى السابق ...
- ٣٧٠ ... عهد قانون التسجيل ...
- ٣٧١ ... عهد قانون الشهر العقاري ...
- ٣٧٤ ... في قانون السجل العيني :
- لقيد حجية مطلقة بخلاف التسجيل وهو لا المقيد
- ٣٧٤ ... الذى ينقل الملكية ...
- ٣٧٧ ... البيع المتيد ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ...
- لا خلاف في أنه ليس للقيد أثر رجعي حتى
- فيما بين المتعاقدين ...
- ٣٧٨ ... البيع المتيد ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ...
- ٣٧٩ ... القيد لا يفسره سوء النية ولا التواطؤ ...
- المطلب الثاني - التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عيني
- ٣٨٠ ... عقارى أصلى ...
- ٣٨٠ ... § ١ - التصرفات والأحكام الواجبة الشهر ...
- ٣٨٠ ... المقيد الكاشفة الواجبة الشهر :
- ٣٨٠ ... عقد القسمة :
- ٣٨١ ... اتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع ...
- ٣٨٢ ... دعوى نقض القسمة للغير ...
- ٣٨٢ ... قسمة المهايأة المكائبة إذا انقلبت إلى قسمة نهائية ...
- ٣٨٣ ... عقد الصلح :

صفحة

٣٨٣	الحكم بالتصديق على محضر المصلح
٣٨٤	التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد للواجبة الشهر :
٣٨٤	الإقرار للغير بملكية عقار
٣٨٥	إقرار المقد الصادر من الغير ..
٣٨٥	إجازة المقد القابل للإبطال
٣٨٦	ترك الحق في التقادم
٣٨٦	الأحكام الكاشفة المراجعة الشهر :
٣٨٧	الحكم الصادر في القسمة القضائية
٣٨٧	الحكم الاتفاق
٣٨٨	الحكم بإرساء المزداد على أحد الشركاء في قسمة التصفية
٣٨٨	الحكم بإرساء المزداد على الحائز للمقار
٣٨٨	§ ٢ - ما يترتب على الشهر من أثر
٣٨٨	أو لا - التصرف أو الحكم قبل أن يشهر
٣٨٨	في قانون الشهر العقاري :
٣٩٠	لا يحتج بالقسمة غير المسجلة على الغير ..
٣٩٢	في قانون السجل العيني :
٣٩٤	القسمة غير المقيدة لا تكون حجة على الغير ..
٣٩٤	القسمة غير المقيدة لا تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين
٣٩٥	ثانياً - التصرف أو الحكم بعد أن يشهر
٣٩٥	في قانون الشهر العقاري :
٣٩٥	القسمة المسجلة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ..
٣٩٥	القسمة المسجلة تكون حجة على الغير ..
٣٩٦	في قانون السجل العيني :
٣٩٦	القسمة المقيدة تكون حجة على الغير ..
٣٩٦	القسمة المقيدة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ..
٣٩٧	المطلب الثالث - الدعاوى الخاضعة للشهر
٣٩٧	§ ١ - أنواع الدعاوى الخاضعة للشهر
٣٩٧	دعاوى الظن في التصرفات واجبة للشهر :
	الدعاوى التي تظن في وجود التصرف (بطلان التصرف
٣٩٨	وصورته الفسخ والانفساخ والإلغاء)
	الدعاوى التي تظن في صحة التصرف (إبطال التصرف ونقض
٣٩٨	القسمة للرضائية)

٣٩٩	دعوى التي تطلب في نفاذ التصرف (الدعوى البولصية ودعوى عدم نفاذ الوصية أو تصرفات المريض مرض الموت) ...
٣٩٩	دعوى صحة التعاقد :
٤٠١	أنواع مختلفة من دعوى صحة التعاقد... ..
٤٠٢	دعوى الاستحقاق :
٤٠٢	دعوى استحقاق ملكية العقار... ..
٤٠٣	دعوى الإقرار بحق عيني
٤٠٤	دعوى إنكار الحزب
٤٠٤	الدعوى الخاصة لشهر في قانون السجل العيني :
٤٠٤	دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بحق عيني ودعوى إنكار الحق العيني... ..
٤٠٥	دعوى الطعن ببطالان التصرف - يبطلان التصرف ونقض الفسدة الرضائية للعين
٤٠٥	الدعوى البولصية ودعوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت... ..
٤٠٥	دعوى الفسخ والانساخ والالغاء
٢٥	كيف يكون إجراء شهر الدعوى وما يترتب عليه
٤٠٧	من أثر
٤٠٧	كيف يكون إجراء شهر الدعوى في قانون الشهر العقاري ...
٤٠٨	التأثير بصحيفة الدعوى أو تسجيلها
٤٠٩	التأثير بمنطوق الحكم النهائي
٤١٠	كيف يكون إجراء شهر الدعوى في قانون السجل العيني ...
٤١٠	طلب إضافي هو إجراء التغير في بيانات السجل العيني ...
٤١٠	التأثير في السجل العيني بمضمون الطلبات وتقديم شهادة تدل على حصول للتأثير
٤١٠	التأثير في السجل العيني بمنطوق الحكم النهائي
٤١٠	ما يترتب على شهر الدعوى من أثر في قانون الشهر العقاري ...
٤١٢	المتصرف له شهر التصرف بعد شهر للدعوى
٤١٢	المتصرف له شهر التصرف قبل شهر للدعوى
٤١٤	ما يترتب على شهر الدعوى من أثر في قانون السجل العيني ...
٤١٥	التأثير بالحكم النهائي في خلال خمس سنوات... ..
٤١٦	التأثير بالحكم النهائي بعد انقضاء خمس سنوات

صفحة

٤١٧	المبحث الثاني -- إجراءات الشهر
٤١٧	المطلب الأول -- إجراءات الشهر في قانون الشهر العقاري .
٤١٩	طلب الشهر والتأشير عليه بقبوله للشهر :
٤١٩	البيانات التي يجب أن يشمل عليها طلب الشهر
٤٢٢	تدوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات...
		بحث الطلب من الناحية الهندسية ومن الناحية القانونية والتأشير
٤٢٤	عليه بقبوله للشهر..
٤٢٥	مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر :
		إعداد مشروع المحرر رسميا كان أو عرفيا (الورق الأزرق
٤٢٥	والمداد الأسود) من واقع بيانات طلب الشهر
٤٢٥	تدوين مشروع المحرر بدفتر أسبقية مشروعات المحررات...
		بحث مشروع المحرر من ناحية مطابقة البيانات لبيانات طلب
٤٢٦	الشهر والتأشير عليه بصلاحيته للشهر...
٤٢٦	توقيع المحرر وعملية التسجيل :
٤٢٦	مكتب التوثيق لتوثيق المحرر أو للتصديق على التوقيعات
٤٢٧	تقديم المحرر لمكتب الشهر وإعطائه رقما مسلسلا هو رقم الشهر
		تدوين المحرر بدفتر الشهر وتسليم صورة فوتوغرافية لصاحب
٤٢٩	الشأن وإرسال صورة فوتوغرافية للمكتب الرئيسي
٤٢٩	تأشير المحشى :
٤٢٩	طلب التأشير الهامشي والبيانات التي يشتمل عليها...
٤٢٩	تدوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات...
٤٣٠	إثبات التأشير في هامش المحرر...
٤٣٢	المطلب الثاني -- إجراءات الشهر في قانون السجل العيني .
٤٣٢	تنظيم السجل العيني :
٤٣٢	سجل عيني لكل قسم مساحي...
٤٣٣	صحيفة خاصة لكل وحدة عقارية بالسجل العيني...
٤٣٤	إثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة :
٤٣٤	إستخلاص بيانات الصحائف من مصادر معينة
٤٣٧	دعوة أصحاب الشأن للاطلاع على بيانات الوحدة العقارية...
٤٣٨	طلبات إجراء تنوير أمام اللجنة القضائية في خلال سنة...
٤٣٨	التنوير والتصحيح في بيانات السجل العيني :
٤٣٩	التغيير في البيانات

صفحة

١٤٠	انتصحيح في انبياءات...
١٤١	إجراءات القيد في السجل المي...
١٤١	طلب القيد وبياناته...
١٤١	تكوين الطلب بدفتر أسقية اطلبات...
١٤٣	رفض طلب إجراء القيد...
١٤٣	القيد في السجل المي...
١٤٣	سندات الملكية والشهادات المستخرجة من السجل المي...

الفصل الثالث

الشفعة

تمهيد

١٤٤	التعريف بالشفعة وتكييفها القانوني ..
١٤٥	التعريف بالشفعة :
						البائع والمشتري والشفيع والمقار المشفوع به والمقار المشفوع فيه .
١٤٦	التكليف القانوني للشفعة :
١٤٧	الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي بل هي ليست بحق أصلا ...
						الشفعة سبب لكسب الحق : واقعة مركبة من صلة مادية بين
						انقار المشفوع به وانقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية
						ومن بيع عقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى
١٤٨	الشفيع ومن إعلان الإغذيا للشفعة هذا تصرف قانوني ...
١٤٩	الشفعة منزلة وسطى بين الرخصة في التملك والحق في الملك ...
١٥٢	الشفعة متصلة بشخص الشفيع ...
						لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع
١٥٢	بطريق الدعوى غير المباشرة ..
١٥٣	لا تنتقل الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير .
						للشفيع أن يتزل من الشفعة حتى قبل أن يقوم بها سببها أي
١٥٣	قبل البيع ..
						لا تنتقل الشفعة إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها
١٥٨	إلى ورثته :
						الخلاف في الفقه الإسلامي : الحنفية والحنابلة (لا تورث)
١٦٠	المالكية والشافعية (تورث)

صفحة

- الخلاف في القضاء المصري : محكة استئناف مصر
- ٤٦٢ بدواقرها المجتمعة (لانتورث) - محكة التفقيس(تورث)
- الخلاف في الفقه المصري : جزء من التفقه المصري
- ٤٦٥ (لانتورث) - جزء آخر (تورث)
- ترجيح الرأي الذي يقول بأن الشفعة لا تورث - الحجج
- ٤٦٧ أتى ترجيح هذا الرأي
- التشريعات المتعاقبة في الشفعة - أنصار الشفعة وخصومها -
- ٤٧٣ التضييق في حق الشفعة في التقنين المدني الجديد
- ٤٧٣ التشريعات المتعاقبة :
- الفقه الإسلامي - التقنين المدني الوطني والتقنين المدني
- المختلط - قانون الشفعة - التقنين المدني الجديد
- ٤٧٤ استثناء الشفعة سبباً لكسب الملكية :
- ٤٧٥ أنصار الشفعة وخصومها
- ٤٧٥ الشفعة بسبب الجوار
- التضييق في حق الشفعة - التعديلات التي استحدثها التقنين المدني
- الجديد
- ٤٧٧ إيداع الشفع كل الثمن خزنة المحكمة
- ٤٧٧ نزول الشفع من حقه في الشفعة قبل البيع
- ٤٧٨ التوسع في منع الأخذ بالشفعة بين الأقارب وبين الأصهار
- ٤٧٨ إسقاط حق الشفعة بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع
- ٤٧٩ تفضيل المشتري الشفع على شفع من طبقته
- ٤٨٠ مباحث ثلاثة :
- ٤٨٠ شروط الأخذ بالشفعة
- ٤٨٠ كيفية الأخذ بالشفعة
- ٤٨٠ آثار الأخذ بالشفعة
- المبحث الأول - شروط الأخذ بالشفعة
- ٤٨٠ بيع عقار ووجود شفع
- المطلب الأول - بيع عقار
- ٤٨٠ ١٨ - بيع العقار الأصل فيه جواز الأخذ بالشفعة
- ٤٨١ لا شفعة في المنقول :
- ٤٨١ المنقول يرد عليه حق الاسترداد لا حق الشفعة
- ٤٨٢ لا شفعة في حصة شائعة في سفينة
- ٤٨٢ لا شفعة في منقول بحسب المال

صفحة

٤٨٢	لا شفعة في عقار بالتخصيص
٤٨٣	الشفعة غير قابلة للتجزئة :
٤٨٣	تعدد الصفقة
٤٨٥	وحدة الصفقة :
٤٨٥	تعدد المشترين مع وحدة امتياز المبيع
٤٨٨	تعدد المقاربات المبيعة مع وحدة المشترى (الاتصال - التخصيص لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة) ..
٤٩٣	لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع
٤٩٤	لا شفعة في الواقعة المادية كالميراث والاتصاف والتقادم ..
٤٩٤	لا شفعة في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد كالوصية
٤٩٤	لا شفعة في عقود التبرع كالهبة
٤٩٤	البيع المستتر في صورة هبة
٤٩٥	الهبة المستترة في صورة بيع
٤٩٥	التحاييل لمنع الأخذ بالشفعة - هبة الشريط من الأرض الملاصق لأرض الشفع
٤٩٦	لا شفعة في عقود المعاوضة إلا إذا كان المقدم ييماً : ..
٤٩٧	لا شفعة في المقايضة ولو كانت بمعدل
٤٩٧	لا شفعة في الشركة
٤٩٧	لا شفعة في الوفاء بمقابل
٤٩٧	لا شفعة في عقود الكسفة :
٤٩٧	لا شفعة في القسمة
٤٩٧	لا شفعة في الصلح
٤٩٨	الشفعة في عقد البيع :
٤٩٨	البيع الباطل
٤٩٨	البيع الصوري - الشفع ليس من الغير في الصورية ..
٥٠٠	البيع الابتدائي
٥٠٢	البيع المقترن بعربون
٥٠٣	البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف
٥٠٥	البيع المتقابل فيه
٥٠٧	البيع المتقابل للإبطاء
٥٠٩	عبء إثبات البيع الجائز الأخذ فيه بالشفعة يقع على الشفع ..
٥١٠	جواز الأخذ بالشفعة في بيع غير المسجل :
٥١٠	قبل صدور قانون التسجيل - يجوز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل

صفحة

- ١٠ منذ صدور قانون التسجيل - رايان :
 رأى المرجوع علم جواز الأخذ بالشفعة إلا في البيع
 المسجل
 رأى الراجح الذى أخذ به القضاء هو جواز الأخذ
 بالشفعة في البيع غير المسجل
 • ١١ التقنين المدنى الجديد - جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير
 المسجل - ملاحظات :
 مادامت الشفعة جائزة في البيع الابتدائى فهى جائزة في البيع
 غير المسجل
 • ١٦ لا يشترط ثبوت تاريخ البيع لجواز الأخذ بالشفعة
 • ١٧ بيع العقار المشفوع به للشفيع يجب أن يكون مسجلاً ...
 • ١٨ الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع :
 الحالة الأولى - البيع الثانى صادر بعد تسجيل طلب الأخذ بالشفعة :
 • ١٩ يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة في البيع الأول
 الحالة الثانية - البيع الثانى صادر قبل تسجيل طلب الأخذ بالشفعة :
 • ٢٠ لا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة إلا في البيع الثانى : ...
 • ٢١ ما يترتب على ذلك من النتائج
 • ٢٣ لا عبرة بتسجيل البيع
 • ٢٤ § ٢ - البيوع التى لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة
 موانع الشفعة غير مقطعتها - المانع يلقى الشفعة ابتداءً والمسقط
 يلقى الشفعة بعد أن تقوم
 • ٢٦ موانع الشفعة المتعلقة بالبيع والمتناثرة في تشريمات مختلفة
 • ٢٧ الموانع الثلاثة المتعلقة بالبيع والمذكورة في التقنين المدنى : ...
 • ٢٨ ١ - البيع بالمزاد العلنى وفقاً لإجراءات وصفها القانون :
 البيع بالمزاد العلنى الجبرى أمام القضاء بناء على طلب
 الدائنين
 • ٢٨ البيع بالمزاد العلنى أمام القضاء لمعار شائع لا يمكن
 قسمة عيناً
 • ٢٨ بيع الدولة لأموالها الخاصة بالمزاد العلنى
 • ٢٩ بيع العقار المحجوز عليه إدارياً لاستيفاء الضرائب ...
 • ٢٩ بيع عقار الفلس وعديم الأهلية والنائب بالمزاد العلنى
 • ٣٠ بيع العقار المشغل بتكاليف عينية بيعاً اختيارياً بالمزاد العلنى

صفحة

- ٥٣١ ... ما يخرج من هذا النطاق وتجوز فيه الشفعة ...
 بيع المالك عقاره بيعاً حراً بالمراد العلى دون التقيد
 ٥٣٢ ... باجراءات وشروط ...
 ٥٣٢ ... بيع المالك عقاره بالمظاريف ...
 ٢ - البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار للدرجة
 معينة : ...
 ٥٣٤ ... بيع الزوج لزوجته أو بيع الزوجة لزوجها ...
 ٥٣٤ ... بيع المالك لفروعه مهما نزلوا أو لفروعه مهما حلوا ...
 ٥٣٤ ... بيع المالك لأحد أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة
 ٥٣٦ ... بيع المالك لأحد أصهاره لغاية الدرجة الثانية ...
 ٣ - المقار قد بيع ليكمل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة :
 يتناول منع الشفعة الدين الإسلامى وغيره من الأديان
 المعروفة ...
 ٥٣٨ ... لا يتناول منع الشفعة مقداراً بيع ليكون مدرسة أو ملجأ
 أرملة أو مستشفى أرمصة أو أية مؤسسة اجتماعية ...
 ٥٣٩ ... **المطلب الثانى - وجود شفيع** ...
 ١٩ - من هم الشفعاء ...
 ٥٣٩ ... ١ - من تثبت له صفة الشفيع : ...
 ٥٤٤ ... مالك الرقة : ...
 ٥٤٤ ... مالك الرقة يشفع فى حق الانتفاع ...
 ٥٤٧ ... الشريك فى الشيوع ...
 ٥٤٧ ... عقار شائع ...
 ٥٤٩ ... بيع أحد الشركاء لحصته الشائعة ..
 ٥٥١ ... بيع الحصص الشائعة يكون لأجنبى ...
 المقصود بالمقار الشائع الملكية التامة والرقبة (الشفعة
 فى جزء شائع فى الرقة) وحق الانتفاع (الشفعة فى جزء
 شائع فى حق الانتفاع) ..
 ٥٥٢ ... صاحب حق الانتفاع : ...
 ٥٥٤ ... صاحب حق الانتفاع يشفع فى الرقة ...
 ٥٥٨ ... مالك الرقة والمستحكر فى الحكر : ...
 أرض رتب عليها حق الحكر - صاحب الرقة يشفع فى
 حق الحكر والمستحكر يشفع فى الرقة ...
 ٥٥٩ ...

صفحة

- ٦٠ فترة حصول هذا الفرض عملاً ..
- ٦١ الجار المالك - أسرار ثلاث :
- ٦٤ الحالة الأولى لجوار - المباني والأراضي المعدة لبناء :
- ٦٤ التلاصق من جهة واحدة
- ٦٦ ما يمنع التلاصق - التحايل لمنع الشفعة
- ٦٨ تحقق التلاصق بأى امتداد مهما صغر
- ٦٨ التلاصق الرأسى - ملكية الطبقات
- الحالة الثانية لجوار - للأرض المبيعة أو عليها حق
- ٧٠ ارتفاق لأرض الجار :
- حق ارتفاق أياً كان مصدره وكذلك القيود للقانونية
- ٧١ على حق الملكية
- حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها ولمصلحة
- ٧٢ أراض أخرى
- ٧٣ نزول المشترى عن حق الارتفاق للشفيع
- الحالة الثالثة لجوار - أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة
- ٧٥ من جهتين وتساوى نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل :
- ٧٥ ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين
- أرض الشفيع لا تنقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض
- المبيعة
- ٧٨
- ٨٠ ب - الشروط الواجب توافرها في الشفيع :
- الشرط الأول - الشفيع مالك للمغار المشفوع به من وقت
- ٨٠ بيع المغار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة :
- ملكية الشفيع للمغار المشفوع به يجب أن تسبق البيع
- الذى يأخذ فيه بالشفعة :
- ٨١
- إذا كان من ملكية الشفيع يوماً وجب أن يكون
- ٨١ موجوداً وسابقاً على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة
- ويجب أن يكون هذا البيع مسجلاً وأن يكون التسجيل
- سابقاً على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة
- ٨١ ملكية الشفيع للمغار المشفوع به يجب أن تبقى حتى وقت
- ثبوت حقه في الشفعة
- ٨٣
- ٨٤ للمغار لم يعد صالحاً لأن يشفع به
- ملكية الشفيع غير قائمة - البيع المسوى والبيع
- ٨٥ المعلن على شرط واقف

- ٥٨٥ ... سند ملكية الشفع بيع معلق على شرط قاسخ .
- ٥٨٦ ... ملكية الشفع شائعة ..
- ٥٨٨ ... سند ملكية الشفع بيع قابل للإبطال .
- ٥٨٩ ... الشرط الثاني - الشفع قد توافرت فيه الأهلية الواجبة :
الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف فيجب توافر أهلية
التصرف في الشفع ...
- ٥٨٩ ... الولي والوصي والقيم ...
- ٥٨٩ ... الشرط الثالث - الشفع غير ممنوع من شراء العقار
المشفوع فيه : ...
- ٥٩٠ ... الحالة الأولى - العقار المشفوع فيه يحمل ملكية الشفع
الزراعية تزيد على الحد الأقصى ...
- ٥٩٠ ... الحالة الثانية - الشفع نائب عن المالك في بيع العقار
المشفوع فيه ...
- ٥٩٠ ... الحالة الثالثة - الشفع من عمال القضاء والعقار المشفوع
فيه متنازع عليه زال النزاع من اختصاص الشفع ..
- ٥٩١ ... الشرط الرابع - الشفع ليس بوقف : ...
- ٥٩٣ ... لا شفعة لوقف لافي العقار المجاور ولا في الجزء الساتح
المملوك ...
- ٥٩٥ ... الشفعة في الوقف جائزة ..
- ٥٩٥ ... ٢٥ - تعدد الشفعاء وتزاحمهم ...
- ٥٩٨ ... حالات اختلاف لتزاحم الشفعاء : ...
- ٥٩٨ ... الحالة الأولى - تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة ...
- ٥٩٨ ... الطبقة الأولى : مالك الرقبة عندما يشفع في حق الانتفاع
الطبقة الثانية : الشريك في الشيوع في ملكية تامة أو في
الرقبة أو في الانتفاع أو في حق الحكر
- ٥٩٩ ... الطبقة الثالثة : صاحب حق الانتفاع عندما يشفع في
الرقبة ...
- ٦٠٠ ... الطبقة الرابعة - مالك الرقبة عندما يشفع في حق الحكر
أو صاحب حق الحكر عندما يشفع في
الرقبة ...
- ٦٠١ ... الطبقة الخامسة - الجار المالك ...
- ٦٠١ ... الحالة الثانية - تزاحم شفعاء وهم من طبقة واحدة ..
- ٦٠١ ... الشفعاء من طبقة واحدة حتى الطبقة الرابعة يقتسمون
بنسبة نصيب كل منهم في مقدار المشفوع به ...

صفحة

- ٦٠٣ عدم تفرق الصفقة عند تمدد الشفاء من الطبقة الواحدة
 ٦٠٥ التزام فيما بين الجيران (الطبقة الخامسة) عند تملدهم ...
 ٦٠٩ الحالة الثالثة - التزام الشفاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم :
 ٦٠٩ التزام المشتري مع شفاء أدنى منه طبقة : ...
 ٦١٠ يفضل المشتري من باب أولى على الشفاء الأدنى طبقة
 ٦١٢ التزام المشتري مع شفاء من نفس طبقة : ...
 ٦١٢ انقسام كل من الفقه والقضاء قبل التقنين المبنى الجديد
 التقنين المبنى الجديد - يفضل المشتري على الشفاء
 الذين هم من طبقة ...
 ٦١٦ التزام المشتري مع شفاء أهل منه طبقة :
 ٦١٧ يفضل الشفاء الأعلى طبقة على الشفيع ...
 لا يفضل على الجار المشتري الجار الشفيع ولو كانت
 الشفعة تعود على هذا بمنفعة أكبر ...
 ٦١٩ لا يفضل صاحب الطبقة على الجار العادي إذا كان
 هذا مشترياً ...

المبحث الثاني

٦٢١ - كيفية الأخذ بالشفعة ...

٦٢١ المطلب الأول - إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ...

- ٦٢٢ الشفعة بانتراضى ..
 ٦٢٣ الشفعة بالتقاضى :
 ٦٢٣ الإنذار الرسمى بوقوع البيع :
 انتاح إجراءات الشفعة بالإنذار الرسمى بوجهه المشتري
 أو البائع إلى الشفيع ...
 ٦٢٥ الإنذار يجب أن يكون رسماً على يد محضر ...
 البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإنذار ...
 ٦٢٧ إعلان الشفيع ورغبته في الأخذ بالشفعة :
 إعلان الرغبة بوجهه إلى كل من المشتري والبائع ...
 ٦٢٩ إعلان الرغبة يجب أن يكون رسماً على يد محضر ...
 ٦٣١ إعلان الرغبة لإرادة منفردة صادرة من الشفيع ...
 الاستثناء عن إعلان الرغبة برفع دعوى الشفعة رأساً ...
 ٦٣٣ ميماد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة :
 أولاً - إنذار الشفيع بوقوع البيع :
 ٦٣٤ خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول الإنذار إلى الشفيع

صفحة

- ٦٣٤ ... لا يمتد بعلم الشفيع بوقوع البيع ...
- ٦٣٧ ... حساب ميعاد الحصة المشر يوماً ...
- ٦٣٩ ... زيادة ميعاد المسافة
- ٦٤٠ ... الميعاد ليس مدة تقادم بل مدة سقوط ...
- ٦٤١ ... ثانياً - لم ينذر الشفيع ولكن سجل عقد البيع : ...
- ٦٤٢ ... أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع
- ٦٤٣ ... ميعاد الأربعة الأشهر ميعاد سقوط لاياماد تقادم ...
- ٦٤٣ ... حساب ميعاد الأربعة الأشهر ...
- حالة أخرى لسقوط حق الشفعة حذفها لجنة مجلس
- ٦٤٥ ... الشيوخ - سنة من وقت وضع المشتري يده ...
- ٦٤٦ ... ثالثاً - لم ينذر الشفيع ولم يسجل عقد البيع : ...
- سقوط حق الشفعة بالتقادم المسقط - خمس عشرة
- ٦٤٦ ... سنة
- ٦٤٦ ... تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة : ...
- ٦٤٧ ... تسجيل إعلان الأخذ بالشفعة يحمل هذا الإعلان حجة على الغير
- ٦٤٧ ... ليس هناك ميعاد لتسجيل الإعلان ...
- تسجيل الإعلان قبل صدور البيع الثاني يحمل البيع الأول
- ٦٤٧ ... جائزاً الأخذ فيه بالشفعة ...
- المطلب الثاني - إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم
- ٦٤٨ ... بثبوت الحق فيها ...
- ٦٤٨ ... ١٥ - إيداع الثمن خزانة المحكمة
- ٦٥١ ... تطور التشريع في شأن إيداع الثمن : ...
- قانون الشفعة السابق - إظهار الشفيع استعداده لنزع الثمن
- ٦٥٢ ... والملحقات ...
- ٦٥٣ ... المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد-إيداع الشفيع ثلث الثمن
- ٦٥٤ ... المشروع النهائى للتقنين المدنى الجديد-إيداع الشفيع كل الثمن
- المشروع أمام مجلس النواب - عريضة دعوى الشفعة تكون
- ٦٥٤ ... مصحوبة بكل الثمن ...
- التقنين المدنى الجديد - إيداع كل الثمن الحقيقى خزانة المحكمة
- ٦٥٤ ... قبل رفع دعوى الشفعة ...
- ٦٥٥ ... وقت إيداع الثمن ومكانه : ...
- ٦٥٥ ... المكان خزانة المحكمة الكائن في دائرتها للمقار للمشروع فيه

ملحة

- ٦٥٥ ... الوقت ثلاثون يوماً من وقت إعلان طلب الشفعة ...
- ٦٥٦ ... يجب أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ...
- ٦٥٧ ... ما الذي يجب إيداعه ...
- ٦٥٧ ... كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ...
- ٦٥٨ ... إيداع الثمن المذكور في عقد البيع ثم إثبات أنه أكبر من الثمن الحقيقي ..
- ٦٥٩ ... إثبات البائع أو المشتري أن الثمن المذكور في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي ...
- ٦٦٠ ... إيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ولو كان أقل من الثمن المذكور في عقد البيع ...
- ٦٦١ ... يكفي مجرد الاستعداد لدفع الثمن وملحقاته إذا رفعت دعوى الشفعة في الوقت الذي كان قانون الشفعة السابق معمولاً به
- ٦٦٢ ... إيداع كل الثمن ولو كان مؤجلاً أو لم يدفع المشتري إلا جزءاً منه فقط :
- ٦٦٣ ... الشفع لا يستفيد من تأجيل الثمن أو تقسيطه بالنسبة إلى المشتري
- ٦٦٤ ... ملحقات الثمن :
- ٦٦٥ ... ليس واجباً إيداع ملحقات الثمن ...
- ٦٦٦ ... المعروفات الضرورية والنافعة والتعويض عن البناء والغراس :
- ٦٦٧ ... ليست واجبة الإيداع من باب أولى ..
- ٦٦٨ ... الجزاء على عدم إيداع الثمن في الميعاد القانوني :
- ٦٦٨ ... سقوط حق الشفع ...

٢٥ - رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها

- ٦٧١ ... الخصوم في دعوى الشفعة :
- ٦٧١ ... المدعى هو الشفع ...
- ٦٧١ ... المدعى عليه هو كل من المشتري والبائع ...
- ٦٧٤ ... المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة :
- ٦٧٤ ... الاختصاص المحلي - المحكمة الكائن بدائرتها المقار المشفوع فيه
- ٦٧٥ ... الاختصاص النوعي - المحكمة الكلية أو المحكمة الجزئية تبعاً لمقدار الثمن المذكور في عقد البيع ...
- ٦٧٥ ... رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة ...
- ٦٧٧ ... رفع الدعوى وقيدتها في الميعاد القانوني :
- ٦٧٧ ... الميعاد القانوني هو ثلاثون يوماً من يوم إعلان طلب الشفعة

أعمال ثلاثة يجب أن تتم في هذا الميعاد : إيداع الثمن ورفع	
دعوى الشفعة وقيد الدعوى	٦٧٨
القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات :	
قيد الدعوى يسبق رفعها	٦٨٠
للجميع بين أحكام التقنين المدني والأحكام الجديدة في تقنين	
المرافعات	٦٨١
حساب ميعاد الثلاثين يوماً	٦٨٢
ميعاد الثلاثين يوماً ليس مدة تقادم بل مدة سقوط	٦٨٤
عدم رفع الدعوى وقيدها في الميعاد القانوني يسقط حق الشفع	٦٨٤
الحكم في دعوى الشفعة هل وجه السرعة :	٦٨٥
قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢	٦٨٥
القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ : دعوى الشفعة أصبحت	
كغيرها من الدعاوى	٦٨٦
المقصود في استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة وفي الطعن	
فيه بالنقض :	٦٨٨
الاستئناف - لا بد من غلبة مصلحة الشفعة والمشتري والبائع	٦٨٨
إعلان المشتري أو البائع في الميعاد القانوني وإعلان الآخر بعد	
قوات الميعاد	٦٩١
النقض - لا بد من امتصام المشتري والمشتري والبائع	٦٩٣
إعلان بعض المطعون عليهم في الميعاد القانوني وإعلان الآخرين	
بعد قوات الميعاد	٦٩٤
الحكم النهائي بثبوت الحق في الشفعة وتسجيله :	٦٩٥
الحكم هو سند	٦٩٦
رأى محكمة التمييز أن الحكم هو السبب القانوني المنشئ	
لحق الملكية	٦٩٦
تسجيل الحكم النهائي بثبوت للشفعة	٦٩٨
المبحث الثالث - آثار الأخذ بالشفعة	٧٠٠
المطلب الأول - انتقال ملكية المزارع المشفوع فيه إلى الشفع	٧٠١
الشفعة بالتراضي أو بالتقاضى سبب لحلول الشفع على المشتري	
فانتقال الملكية إليه دون اشتري :	٧٠١
التراضي أو التقاضى هو الدليل على أن الشفعة قد استكملت	
مناصرها	٧٠٢

صفحة

- من استكلت الشفعة عناصرها فقد حل الشفع محل المشتري
 وانتقلت إليه الملكية ٧٠٢ ...
 من تنتقل ملكية المقار المشفوع فيه إلى الشفع ومن يحل الشفع
 محل المشتري ٧٠٣ ...
 لا خلاف في أن الملكية لا تنتقل إلى الشفع إلا بتسجيل سنده
 ٧٠٤ ...
 اختلاف الآراء في وقت حلول الشفع محل المشتري : ... ٧٠٥ ...
 وقت تمام البيع المشفوع فيه ٧٠٥ ...
 وقت إعلان طلب الشفعة ٧٠٦ ...
 وقت رفع دعوى الشفعة ٧٠٦ ...
 وقت صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة ٧٠٦ ...
 رأى محكمة النقض - وقت صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة
 لأن هذا الحكم منشيء لحق الشفع : ٧٠٧ ...
 ربيع المقار المشفوع فيه من حق المشتري عن المدة السابقة
 حل تاريخ هذا الحكم ٧٠٨ ...
 عدم حلول محكمة النقض عن هذا المبدأ حتى يمد صدور التفتين
 الجديد ووجوب إيداع الشفع كل الثمن ٧٠٩ ...
 الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في القول بأن الحكم
 بالشفعة منشيء لحق الشفع : ٧١١ ...
 الحجة الرئيسية أن الحكم سند ملكية الشفع أي للسبب
 القانوني للملكية الشفع ٧١١ ...
 رد المحكمة على الاعتراضات التي وجهت إلى ما ذهبت إليه
 من رأى : ٧١٢ ...
 أولاً - تقييد حق المشتري في البناء والفراس وفي التصرفات
 ٧١٢ ...
 ثانياً - حلول الشفع محل المشتري في حقوقه والتزاماته
 ٧١٤ ...
 ثالثاً - رجوع الشفع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق
 ٧١٥ ...
 رابعاً - الحق في الشفعة بمائل للحق في الاسترداد ٧١٦ ...
 خامساً - الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها ٧١٦ ...
 سادساً - أحكام الفقه الإسلامي ٧١٦ ...
 سابغاً - إيداع الشفع لكل الثمن قبل رفع دعوى الشفعة
 ٧١٧ ...
 نظرة تقديرية للجمع التي استندت إليها محكمة النقض : ... ٧١٨ ...
 الرد على الحجة الرئيسية : لكلمة « السند » معنيان مخطفان
 ليست حجية الأمر المقضي أحدهما ٧١٩ ...
 و « السند » بمعنى السبب القانوني المنشئ للحق ٧١٩ ...

صفحة

٧٢٠	السند بمعنى الدليل المكتوب
٧٢٤	رجوع الشفع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق معناه
٧٢٤	أن المشتري قد اختفى من الصفقة منذ البداية وحل محله الشفع
٧٢٦	لا يختفى المشتري من الصفقة منذ البداية إلا إذا استبعدنا أن
٧٢٦	حكم الشفعة منشيء لا كاشف
٧٢٦	حكم الشفعة إذن كسائر الأحكام كاشف لا منشيء والسند هنا
٧٢٦	معناه الدليل المكتوب
٧٢٦	وحلوا الشفع محل المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ
٧٢٦	صور الحكم
٧٢٧	موقف الفقه الإسلامي من المسألة :
٧٢٧	في المذهب الحنفي خلاف ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أن قضاء
٧٢٨	القاضي لا يكون منشأ لحق انتفيع
٧٢٨	في المذاهب الثلاثة أخرى نساء القاضي لا يكون منشأ لحق
٧٣٠	الشفيع
٧٣٠	حلول الشفع محل المشتري من وقت البيع هو الذي يتفق مع
٧٣٠	طبيعة الشفعة ومع الحلول العملية فيها :
٧٣١	التكييف القانوني لطبيعة الشفعة
٧٣١	الحلول العملية : رجوع الشفع مباشرة على البائع وحده
٧٣٢	بجميع التزامات البائع
٧٣٢	أز غزل التحضيرية
٧٣٦	المذكرة الإيضاحية
٧٣٦	الأهمية العملية لرأى محكمة النقض تكاد تكون محصورة في
٧٣٧	مسألة الثمار :
٧٣٧	الحلول العملية فيما عدا مسألة الثمار وردت فيها نصوص صريحة
٧٣٨	المطلب الثاني — علاقة الشفع بالبائع وبالمشتري وبالغير
٧٣٨	١٥ — علاقة الشفع بالبائع
٧٤٠	التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفع
٧٤٠	تسجيل سند الشفع
٧٤١	جواز تصرف الشفع في العقار المشفوع فيه
٧٤١	التزام البائع بتسليم العقار المبيع إلى الشفع — تبعه الهلاك
٧٤٢	قبل التسليم :
٧٤٣	مريان أحكام تسليم المبيع
٧٤٣	تبعه هلاك العقار قبل التسليم على البائع لا على الشفع

صفحة

٧٤٥	التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق للشفيع :
٧٤٦	ضمان البائع لتعرضه
٧٤٨	ضمان البائع لتعرض الصادر من الغير
٧٤٩	ضمان الاستحقاق
٧٥١	التزام البائع بضمان الميوب الخفية للشفيع :
٧٥١	سريان أحكام التزام البائع بضمان الميوب الخفية للمشتري
٧٥٣	التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع - الثمن المؤجل - التوائد :
٧٥٣	الثمن مودع خزانة المحكمة
	لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء
٧٥٤	البائع
٧٥٥	استحقاق البائع لفوائده
٧٥٧	للمشتري ثمرات المبيع وعليه تكاليفه وذلك من وقت تمام البيع
٧٥٨	التزام الشفيع بتسلم العقار المبيع :
٧٥٨	سريان أحكام التزام المشتري بتسلم البيع
٧٥٨	نفقات التسليم على البائع ونفقات التسلم على الشفيع
٧٥٩	٢ - علاقة الشفيع بالمشتري
	حق المشتري في استرداد الثمن من الشفيع واسترداد مصروفات
٧٦١	البيع :
	التزام الشفيع بدفع الثمن وفوائده للمشتري طبقاً لقواعد
٧٦٢	الإثراء بلا سبب - عدم انسخ وحق التنفيذ والحق في الحبس
	استرداد المشتري من الشفيع مصروفات البيع طبقاً لقواعد
٧٦٣	الإثراء بلا سبب - حق للتنفيذ والحق في الحبس
	حق المشتري في التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات
٧٦٣	النافعة :
٧٦٤	استرداد المشتري المصروفات الضرورية بأكملها من الشفيع
٧٦٤	سريان أحكام الالتصاق على المصروفات النافعة :
٧٦٥	حق المشتري في التعويض عن البناء والفراش :
٧٦٦	قبل إعلان طلب الشفعة
٧٦٧	بعد إعلان طلب الشفعة
٧٦٧	حق الشفيع في تسليم العقار المبيع من المشتري - تبة الهلاك :
٧٦٧	سريان أحكام تسليم البائع للعقار المبيع
٧٦٨	على من تقع تبة الهلاك :
٧٦٨	إلى أي السائد في الفقه أن تمة الهلاك على المشتري

- ٧٦٨ ... ما يؤخذ على هذا الرأي ...
الأولى اعتبار المشتري حائزاً حسن النية قبل إعلانه بطلب
الشفعة وسمى النية بعد إعلانه بهذا الطلب .. ٧٦٩ ...
حق الشفع في استرداد ثمار العقار المبيع من المشتري : ٧٧٠ ...
رأى محكمة النقض - استحقاق الشفع لثمار من وقت
تسجيل سنده .. ٧٧١ ...
الرأي المخالف - المشتري حائز حسن النية إلى وقت إعلانه
بطلب الشفعة فيتملك الثمار وحائز سمي النية بعد ذلك فيرد
الثمار للشفع - اعتبار ان ينهضان بهذا الرأي . ٧٧٢ ...
٣٩ - علاقة الشفع بالغير ٧٧٥ ...
الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفع فيه من جانب
البائع قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة : ٧٧٦ ...
سريان هذه الحقوق التي شملت قبل تسجيل إعلان طلب
الشفعة في حق الشفع ٧٧٦ ...
الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب
البائع بعد تسجيل إعلان طلب الشفعة : ٧٧٧ ...
عدم سريان هذه الحقوق التي لم تنشر إلا بعد تسجيل إعلان
طلب الشفعة في حق الشفع ٧٧٨ ...
الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب
المشتري قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة : ٧٧٩ ...
سريان هذه الحقوق التي شملت قبل تسجيل إعلان طلب
الشفعة في حق الشفع ٧٧٩ ...
الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب
المشتري بعد تسجيل إعلان طلب الشفعة : ٧٨١ ...
عدم سريان هذه الحقوق التي لم تنشر إلا بعد تسجيل إعلان
طلب الشفعة في حق الشفع ٧٨١ ...

الفصل الرابع

الحيازة

تمهيد

- ٧٨٢ ... التعريف بالحيازة وتكييفها القانوني ...
٧٨٢ ... التعريف بالحيازة : ...
٧٨٤ ... حيازة حق الملكية - حيازة الحقوق الأخرى ...

صفحة	
٧٨٥	التكييف القانوني للحيازة :
	الحيازة ليست بحق مئى ولا بحق شخصى بل هى ليست بحق
٧٨٥	أصلا
	الحيازة سبب لكسب الحق : واقفه مادية بسيطة من شأنها
٧٨٥	أن تحدث آثاراً قانونية
٧٨٦	تطور الحيازة لتتطبق على جميع الحقوق... ..
٧٨٦	الحيازة فى القانون الرومانى - الحيازة وشبه الحيازة
٧٨٦	بقاء هذا التمييز فى القانون الفرنسى القديم
٧٨٧	تطور الحيازة فى التقنين الملقى الفرنسى :
٧٨٧	القضاء على هذا التمييز
	أموال غير خاصة بالحيازة : الحقوق الشخصية والأموال
٧٨٧	العامة والمجموع من المال
٧٨٨	تطور الحيازة فى التقنينات المجرمانية :
٧٨٨	تأثير هذه التقنينات بالنظرية المادية للحيازة
٧٨٨	مد الحيازة لتشمل الحقوق الشخصية
٧٨٩	ما استحدثته التقنين الملقى الجديد فى موضوع الحيازة : ...
٧٨٩	إيراد الأحكام العامة للحيازة فى فصوص مستحدثة... ..
٧٨٩	وضع الحيازة فى مكانها بين أسباب كسب الملكية... ..
٧٨٩	تقسيم الموضوع :
٧٨٩	الفرع الأول - الحيازة بوجه عام
٧٨٩	الفرع الثانى - الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية ...
٧٨٩	الفرع الأول - الحيازة بوجه عام
٧٩١	لمبحث الأول - كسب الحيازة وانتقالها وزوالها
	للمطلب الأول - كسب الحيازة - الحيازة بحسن نية والحيازة
٧٩١	بسوء نية
٧٩١	§ ١ - عنصر الحيازة
٧٩١	(١) للعنصر المادى - السيطرة المادية
٧٩٢	كيف تتحقق السيطرة المادية ابتداء :
٧٩٢	علم انتقال السيطرة المادية من الغير
	لا يمكن التمكن من الاستحواذ بل لا بد من
٧٩٣	الاستحواذ الفعلى
٧٩٣	كيف تتحقق السيطرة المادية انتقالاً من الغير : ...

صفحة

- ٧٩٣ ... انتفال السيطرة المادية من شخص إلى آخر ...
- ٧٩٣ ... يمكن التمكن من الاستحواذ ...
- ٧٩٤ ... السيطرة المادية بواسطة الغير :
- ٧٩٥ ... الوسيط ليس بحائز ...
- ٧٩٥ ... أمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة ...
- ٧٩٧ ... الوسيط والحائز المرضى ...
- ٧٩٧ ... السيطرة المادية بواسطة الغير لا تفترض ...
- ٧٩٨ ... السيطرة المادية على الشيوع : ...
- الحائز على الشيوع يتصد استمالة الحق شائعاً مع غيره
- ٧٩٩ ... لا خالفاً لنفسه ...
- الحيازة على الشيوع لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق
- ٧٩٩ ... مع هذا الشيوع ...
- ٨٠١ ... حيازة شئمين لشيء واحد ...
- ٨٠١ ... استبقاء السيطرة المادية ...
- استبقاء السيطرة المادية على المنقول ما دام المنقول
- ٨٠١ ... باقياً في حوزة الشخص ...
- استبقاء السيطرة المادية على العقار حتى لو انقطع
- الشخص عن استمالة العقار ما دام محتفظاً
- ٨٠١ ... بانتمسراً المنوى ...
- السيطرة المادية بالوساطة تبقى حتى لو تجرد الوسيط
- عن الحيازة ما دام أجنبي لم يستول على السيطرة
- ٨٠٢ ... المادية ...
- تبقى الحيازة مع فقد عنصرها ما دام النائب عن الحائز
- ٨٠٢ ... قاب عنه في استبقاء العنصرين في وقت معقول ...
- ٨٠٣ ... (ب) المنصر المنوى - المقصد ...
- ٨٠٣ ... كيف يتحقق عنصر المقصد ...
- ٨٠٣ ... النظرية الشخصية في عنصر المقصد :
- ٨٠٣ ... قصد الحائز استمالة الحق لحساب نفسه ...
- ٨٠٤ ... وجوب توافر عنصر التعمد في القانون الفرنسي القديم
- انتقال عنصر التعمد من القانون الفرنسي القديم إلى التقنين
- ٨٠٥ ... المدنى الفرنسي ...
- ٨٠٥ ... الشهرة النظرية الشخصية تحت اسم سائين ...

صفحة

- النظرية المادية في عنصر القصد : ... ٨٠٦
- القصد هو نية الحائز القيام بالأعمال المادية لتحقيق سيطرته
فالأعمال المادية لتحقيق السيطرة يجب أن تكون أفعالاً
- إرادية قصدية ... ٨٠٦
- الحائز لحساب غيره يعتبر حائزاً إذا لم يكن مجرد تابع
وكان يتمتع بشيء من حرية التصرف ... ٨٠٧
- خاية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة حيث لا تعفيه
النظرية الشخصية ... ٨٠٧
- اشتهار النظرية المادية تحت اسم إهرنج ... ٨٠٧
- موقف التقنين المدني المصري الجديد من النظريتين الشخصية
والمادية ... ٨٠٨
- المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد : ... ٨٠٩
- أخذ مبدئياً بالنظرية الشخصية ٨٠٩
- ولكنه استعار من النظرية المادية أهم نتائجها - مد
الحيازة إلى الحقوق الشخصية ... ٨١١
- التقنين المدني الجديد : ... ٨١٢
- أخذ مبدئياً بالنظرية الشخصية فأوجب توافر للعنصر
المتنوى ... ٨١٢
- مد الحيازة إلى الحقوق الشخصية متأثراً بالنظرية المادية
ميز بين مجرد الإحراز كما في إحراز أرباح وبين
الحيازة ولولحساب الغير ٨١٤
- حتى حيازة المتأجر بدعاوى الحيازة متأثراً بالنظرية
المادية ... ٨١٥
- ولو أن للتقنين المدني الجديد أخذ من حيث المبدأ
بالنظرية الشخصية إلا أنه تأثر كثيراً بالنظرية
المادية ... ٨١٥
- انتفاء عنصر للقصد في إتيان الرخصة من المباحات وفي أعمال
التسامح ... ٨١٦
- إتيان الرخصة من المباحات : ... ٨١٦
- مجرد رخصة فلا يتوافر فيها عناصر الحيازة ٨١٧
- أمثلة على إتيان للرخصة - فتح منور وفتح مظل
مستوفى لقيد المسافة ... ٨١٧
- الرخصة لا تسقط بالتقادم ٨١٩

- أعمال التناضح : ... ٨٢٠ ...
أعمال التناضح يتوافر فيها العنصر المادى ولكن
- لا يتوافر فيها العنصر المعنوى... ٨٢٠ ...
أمثلة على أعمال التناضح - مرور على سبيل التناضح
- وفتح مطل على أرض قضاء على سبيل التناضح... ٨٢١ ...
انقلاب لإتيان الرخصة أو أعمال التناضح إلى أعمال
- حيازة صحيحة ... ٨٢٢ ...
عنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصياً فلا تجوز
- للنيابة فيه : ... ٨٢٣ ...
عنصر للقصد بخلاف العنصر المادى لا تجوز مباشرة
- بالواسطة ... ٨٢٤ ...
ولكن إذا كان الحائز عديم التمييز جاز أن يكون عنصر
- القصد موجوداً عند نائبه ... ٨٢٥ ...
الحيازة المرضية أو الحيازة لحساب الغير : ... ٨٢٥ ...
الفريق الأول - الحائز المرضى الذى يتزل من الحائز
- الأصل مترلة النابع من المتبوع ... ٨٢٦ ...
الفريق الثانى - الحائز المرضى الذى يحوز لحساب غيره
- ولكن لا يعتبر قابلاً بل يبق له شيء من حرية التصرف ٨٢٧
- أحكام الحيازة المرضية : ... ٨٢٩ ...
الحيازة المرضية لا تحصى بدعاوى الحيازة فيما عدا دعوى
- استرداد الحيازة ... ٨٣٠ ...
الحيازة المرضية لا تكسب ملكية للعين بالتقادم... ٨٣٠ ...
تلتقل الحيازة المرضية دون أن تتغير صفاتها من المورث
- إلى الوراث ... ٨٣٢ ...
الحيازة المرضية لا تفترض بل يفترض فى الحائز أنه يحوز
- لحساب نفسه حيازة أصيلة ... ٨٣٣ ...
الحيازة المرضية لا تفترض بل يفترض فى الحائز لحساب
- نفسه حيازة أصيلة ... ٨٣٣ ...
تغير صفة الحيازة المرضية وتحولها إلى حيازة أصيلة : ... ٨٣٤ ...
فعل يصدر من الغير - تصرف قانونى ناقل للملكية
- يتلقاه الحائز المرضى من الغير ٨٣٦ ...
فعل يصدر من الحائز المرضى بدارض به حق المالك ... ٨٣٨

صفحة

- ٢٨ - عيوب الحيابة ٨٤٠
- الميب الأول - عدم الاستمرار أو التقطع ٨٤٢
- معنى عدم استمرار الحيابة أو تقطعها ٨٤٢
- انتظام الاستعمال يختلف باختلاف طبيعة الشيء ٨٤٣
- عدم الاستمرار وغير ذلك من عيوب الحيابة من مسائل الواقع
التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض ٨٤٤
- ميب عدم الاستمرار عيب مطلق لكل ذى مصلحة أن يتسك
به - زوال هذا الميب ٨٤٥
- التمييز بين عدم استمرار الحيابة أو تقطعها وبين انقطاع
التقادم ٨٤٦
- الميب الثاني - الخفاء أو عدم العلانية ٨٤٨
- معنى الخفاء أو عدم العلانية ٨٤٨
- عيب الخفاء أو عدم العلانية عيب نسبي لا يكون له أثر إلا
قبل من أخفيت عنه الحيابة ٨٥٠
- زوال عيب الخفاء بظهور الحيابة ٨٥١
- الميب الثالث - الإكراه أو عدم الهدوء ٨٥٢
- معنى الإكراه أو عدم الهدوء ٨٥٢
- عيب الإكراه أو عدم الهدوء عيب نسبي لا يكون له أثر إلا
قبل من وقع عنه الإكراه ٨٥٤
- زوال عيب الإكراه بانقطاع الإكراه ٨٥٥
- الميب الرابع - التموض أو التبس ٨٥٦
- معنى التموض أو التبس ٨٥٦
- عيب التموض أو التبس عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل
من التبس عليه الأمر ٨٥٩
- زوال عيب التموض بانتفاء التبس ٨٦٠
- ٣٨ - الحيابة بحسن نية والحيابة بسوء نية ٨٦١
- أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيابة ٨٦٣
- متى يعتبر الحائز حسن النية ٨٦٤
- حسن النية يفترض دائماً ٨٦٦
- متى يعتبر الحائز سيء النية ٨٦٧
- إثبات سوء النية في الحيابة ٨٦٩
- متى يعتبر الحائز سيء النية ولو كان يعتقد أن له حقاً في الحيابة ٨٧٠

صفحة

- احتفاظ الحيابة بصفتها حراً بقد لا يزيل عن المكس ... ٨٧٢
- صفة الحيابة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص ... ٨٧٣
- المطلب الثاني — انتقال الحيابة وزوالها ... ٨٧٣
- § ١ — انتقال الحيابة ... ٨٧٣
- تحديد معنى انتقال الحيابة من حائز إلى حائز آخر ... ٨٧٦
- (١) انتقال الحيابة إلى خلف عام ... ٨٧٧
- كيف تنتقل الحيابة إلى خلف عام ... ٨٧٧
- بأية صفة تنتقل الحيابة إلى الخلف العام ... ٨٧٨
- ضم مدة حيابة السلف إلى مدة حيابة الخلف العام ... ٨٨١
- (ب) انتقال الحيابة إلى خلف خاص ... ٨٨٣
- كيف تنتقل الحيابة إلى خلف خاص ... ٨٨٣
- انتقال الحيابة انتقالاً مادياً بالتسليم الفملى ... ٨٨٤
- انتقال الحيابة انتقالاً معنوياً بالتسليم الحكى ... ٨٨٦
- انتقال الحيابة انتقالاً رمزياً عن طريق التمكن ... ٨٨٨
- صفات الحيابة بعد انتقالها إلى الخلف الخاص ... ٨٩٠
- ضم مدة حيابة السلف إلى مدة حيابة الخلف الخاص ... ٨٩٣
- § ٢ — زوال الحيابة ... ٨٩٧
- زوال الحيابة بفقد عنصرها المادى والمنوى ... ٨٩٨
- زوال الحيابة بفقد عنصرها المادى وحده ... ٨٩٩
- زوال الحيابة بفقد عنصرها المنوى وحده ... ٩٠٢
- المبحث الثاني — حماية الحيابة فى ذاتها والعلاقة بين الحيابة والملكية ... ٩٠٣
- المطلب الثاني — حماية الحيابة فى ذاتها — دعاوى الحيابة الثلاث ... ٩٠٣
- خصائص دعاوى الحيابة : ... ٩٠٣
- أولاً — دعاوى الحيابة تحمى الحيابة فى ذاتها ... ٩٠٤
- ثانياً — دعاوى الحيابة تحمى حيابة المقار دون حيابة المنقول ... ٩٠٤
- ثالثاً — دعاوى الحيابة تحمى طابع الاستمجال ... ٩٠٦
- الأصل التاريخى لدعاوى الحيابة ... ٩٠٨
- التميز بين دعاوى الحيابة الثلاث ومكانها فى التشريع المصرى ... ٩٠٩
- § ١ — دعاوى استرداد الحيابة ... ٩١٠
- المدعى فى دعوى استرداد الحيابة ... ٩١٣
- المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيابة ... ٩١٦

مادة

- ٩١٨ المدة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة ...
- ٩٢٠ ما يحكم به في دعوى استرداد الحيازة - أحوال أربع ...
- ٩٢٠ الحالة الأولى - حيازة المدعى دامت مدة لا تقل عن سنة ...
- الحالة الثانية - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولكن الحيازة
- ٩٢١ انتزعت بالقوة ...
- الحالة الثالثة - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تستزع
- بالقوة ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق
- ٩٢٢ بالتفضيل ..
- الحالة الرابعة - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تستزع
- بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق
- ٩٢٣ بالتفضيل ..
- ٩٢٤ التكيف لقانوني لدعوى استرداد الحيازة ...
- ٩٢٦ § ٢ - دعوى منع التعرض ...
- ٩٢٧ المدعى في دعوى منع التعرض ...
- ٩٣١ المدعى عليه في دعوى منع التعرض ...
- ٩٣١ تعديد معنى التعرض الصادر من المدعى عليه ...
- ٩٣٤ التعرض المادي والتعرض القائم على تصرف قانوني ...
- ٩٣٥ التعرض الناجم عن الأفعال العامة ...
- ٩٣٦ التعرض الناشئ عن أفعال خاصة وخضعت فيها الإدارة ..
- عدم جواز الالتجاء لدعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما
- ٩٣٧ بين المدعى والمدعى عليه ...
- ٩٣٨ رفع دعوى منع التعرض على المتعرض نفسه وعلى الغير ...
- ٩٣٩ المدة التي ترفع في خلالها دعوى منع التعرض ...
- ٩٤١ ما يحكم به في دعوى منع التعرض ...
- ٩٤٣ § ٣ - دعوى وقف الأعمال الجديدة ...
- ٩٤٤ المدعى في دعوى وقف الأعمال الجديدة ...
- ٩٤٥ المدعى عليه في دعوى وقف الأعمال الجديدة ...
- ٩٤٧ المدة التي ترفع في خلالها دعوى وقف الأعمال الجديدة ...
- ٩٤٧ ما يحكم به في دعوى وقف الأعمال الجديدة ...
- ٩٥٠ المطلب الثاني - العلاقة بين الحيازة والملكية ...
- ٩٥٠ § ١ - دعوى الحيازة ودعوى الملكية ...
- ٩٥٠ المقابلة ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ...

صفحة

٩٥١	إثبات الحيازة
٩٥٢	إثبات الملكية
٩٥٦	عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى المسكية :
٩٥٧	القاعدة تلزم المدعى
٩٦١	القاعدة تلزم المدعى عليه
٩٦٢	القاعدة تلزم القاضى...
٩٦٨	عدم حجية الحكم الصادر فى دعوى الحيازة بالنسبة إلى دعوى الملكية..
٩٦٨	§ ٢ - العلاقة ما بين الحائز والمالك

٩٦٨	ظهور أن الحائز غير مالك.
٩٦٩	(أ) استرداد المصروفات
٩٧١	انصروفات الضرورية ترد بأكملها
٩٧٢	المصروفات النافعة تسرى فى شأنها أحكام الالتصاق..
٩٧٣	المصروفات الكالية لا ترد
٩٧٤	رد المصروفات إلى خلف الحائز...
٩٧٤	التيسير على المالك فى الوفاء بما يجب عليه رده من المصروفات
٩٧٦	(ب) مسئولية الحائز عن هلاك العين أو تلفها
٩٧٨	مسئولية الحائز حسن النية
٩٨٠	مسئولية الحائز سوء النية

٩٨٢	الفرع الثانى - الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية
٩٨٢	متى تكون الحيازة سبباً لكسب الملكية
٩٨٢	التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية...
٩٨٢	المبحث الأول - الحيازة بسوء نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية -

٩٨٤	التقادم المكسب الطويل
٩٨٤	التقادم المكسب والتقادم المقسط والفرق بينهما..
٩٨٥	انقواعد المشتركة فيما بين التقادم المكسب والتقادم المقسط
٩٨٧	الاعتبارات العملية التى قام عليها التقادم المكسب
٩٨٩	لمحة تاريخية
٩٩٢	تقسيم الموضوع : كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل - إعمال
٩٩٢	التقادم المكسب والآثار التى تترتب عليه
٩٩٢	المطلب الأول - كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل
٩٩٢	§ ١ - الحقرق التى يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل

صفحة

الحقوق المبنية وحسبها دون الحقوق الشخصية هي التي يمكن	
تملكها بالتقادم	١٩٤
وجوب أن يكون الحق المبنى قابلا للتعامل فيه وقابلا للحيازة :	١٩٦
الأموال العامة (التكوين العام)	١٩٨
الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الشخص العام (التكوين الخاص)	١٩٩
الوقف	١٠٠٢
حق الإرث	١٠٠٧
خضوع الحق الذي يكسب بالتقادم لحيازة مستوفية لتصرفها	
وخالية من العيوب	١٠١٠
٢ § - مدة التقادم المكسب الطويل	١٠١٢
مقدار مدة التقادم المكسب الطويل خمس عشرة سنة ولا يجوز	
الاتفاق على تعديلها	١٠١٣
كيفية حساب مدة التقادم	١٠١٥
بله سريان مدة التقادم :	١٠١٧
بالنسبة إلى الحقوق المملوكة على شرط واقف أو المقرنة	
بأجل واقف	١٠١٧
بالنسبة إلى الحقوق الاحتمالية	١٠١٩
القرينة على قيام الحيازة ما بين بله مدة التقادم ونهايتها ..	١٠٢٠
ضم المدعى حالة تعاقب ائتمارين	١٠٢٤
٣ § - وقف التقادم المكسب وانقطاعه ..	١٠٢٧
١ - وقف التقادم المكسب :	١٠٢٧
يقف التقادم المكسب أيا كانت مدته متى وجد سبب لوقفه ...	١٠٢٧
القاعدة العامة في وقت التقادم - القاعدة التقليدية ونقض	
بوقف التقادم حيث يتعذر قطع سريانه	١٠٢٨
موقف الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي من القاعدة التقليدية :	١٠٢٩
موقف الفقه الفرنسي	١٠٣٠
موقف القضاء الفرنسي	١٠٣١
موقف التقنين المدني المصري الجديد من القاعدة التقليدية ...	١٠٣٢
أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص	١٠٣٥
أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية	١٠٣٧
الأثر الذي يترتب على وقف التقادم ..	١٠٣٨

سنة

- ب - انقطاع التقادم المكسب ١٠٣٩ ...
- أسباب انقطاع التقادم المكسب ١٠٣٩ ...
- السبب الأول لانقطاع التقادم المكسب - المطالبة القضائية : ١٠٤٠
- رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ١٠٤٤ ...
- بطلان صحيفة الدعوى وترك الخصومة وسقوطها ورفض الدعوى ١٠٤٦ ...
- ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية ١٠٤٨
- السبب الثاني لانقطاع التقادم المكسب - إقرار الحائز بحق المالك ١٠٥٠ ...
- الإقرار الصريح والإقرار الضمني ١٠٥٢ ...
- إثبات الإقرار ١٠٥٣ ...
- ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب - إقرار الحائز بحق المالك ١٠٥٣ ...
- السبب الثالث لانقطاع التقادم المكسب - تخل الحائز عن الحيابة أو فقده إياها : ١٠٥٤ ...
- انفراد التقادم المكسب دون التقادم المسقط بهذا السبب ١٠٥٥
- زوال الحيابة بالتخل عنها أو بفقد عنصرها أو أحدها ١٠٥٦
- انقطاع التقادم لهذا السبب له أثر مطلق فيسفيد منه كل ذى مصلحة ١٠٥٧ ...
- ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بتخل الحائز عن الحيابة أو فقده إياها ١٠٥٧ ...
- المطلب الثاني - أعمال التقادم المكسب والآثار التي تترتب عليه ١٠٥٩
- § ١ - أعمال التقادم المكسب - التمسك به والنزول عنه ١٠٥٩
- ١ - وجوب التمسك بالتقادم المكسب والنفع بالتقادم .. ١٠٥٩
- قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب ... ١٠٥٩
- لا تقضى المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك به ١٠٦٠ ...
- يتسك بالتقادم المكسب الحائز وكل ذى مصلحة ١٠٦٢ ...
- يجوز التمسك بالتقادم المكسب في أية حالة كانت عليها الدعوى ١٠٦٣
- ب - النزول عن التقادم المكسب ١٠٦٤ ...
- قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب ... ١٠٦٤
- عدم جواز النزول عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحرف فيه ١٠٦٥ ...

صفحة

- ١٠٦٦ جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه ...
- ١٠٧٠ جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل
- ١٠٧٠ § ٢ - الآثار التي تترتب على التقادم المكسب
- ١٠٧٠ التقادم المكسب سبب لكسب الملكية :
- التقادم المكسب ليس مجرد قرينة بل هو سبب مباشر لكسب الملكية
- ١٠٧٠ الحائز يكسب الملكية بالتقادم عن طريق الدفع أو عن طريق الدهوى
- ١٠٧٢ التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعي :
- ١٠٧٣ الحائز الذي يملك المين بالتقادم لا يرد ثمارها حتى لو لم يكسبها بالقبض أو بالتقادم
- ١٠٧٣ ما يرتبه المالك في خلال مدة التقادم من حقوق عينية لا يسرى في حق الحائز
- ١٠٧٤ ما يرتبه الحائز في خلال مدة التقادم من حقوق عينية يصبح نافذاً باتاً
- ١٠٧٥ تختلف التزام طيبي عن التقادم المكسب
- ١٠٧٦ آثار هذا الالتزام الطيبي
- ١٠٧٦ المبحث الثاني - الحيازة بحسن نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية
- ١٠٧٧ المطلب الأول - كسب ملكية العقار - انتقادم المكسب التخصيص ...
- القواعد التي يشترك فيها التقادم المكسب القصير مع التقادم المكسب الطويل
- ١٠٨٠ القواعد التي ينفرد بها التقادم المكسب القصير
- ١٠٨٣ § ١ - السبب الصحيح
- ١٠٨٤ تحديد معنى السبب الصحيح :
- ١٠٨٤ تصرف قانوني ناقل للملكية صادر من غير مالك
- تصرف قانوني ناقل أو منشئ لحق عيني قابل لأن يكسب التقادم إذا صدر من غير صاحب هذا الحق
- ١٠٨٧ سند المتصرف الذي استند إليه في تصرفه للحائز لا أهمية له ...
- ١٠٨٨ ما يعتبر سبباً صحيحاً
- ١٠٨٨ عقد البيع
- ١٠٨٩ عقد المقايضة
- ١٠٨٩ عقد الهبة

صفحة

الوصية بمقار معين بالذات	١٠٨٩
وسو مزاد المقار المحجوز عليه	١٠٨٩
الوفاء بمقابل	١٠٩٠
تقديم الشريك مقاراً حصة له في الشركة	١٠٩٠
مالاً يعتبر سبباً صحيحاً :	١٠٩١
الميراث في مقار معين بالذات	١٠٩١
الإيجار وتأمينية والحراسة والنوديعة والوكالة وغيرها من	١٠٩٢
نسخة دونه لا تنقل الملكية	١٠٩٢
القصة الاختيارية	١٠٩٢
الصلح	١٠٩٣
الحكم القضائي	١٠٩٣
قروض مختلفة في السبب	١٠٩٤
التصرف لقانوني الباطل	١٠٩٥
التصرف القانوني القابل للإبطال	١٠٩٧
التصرف القانوني المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ	١٠٩٨
التصرف القانوني الظني	١١٠٠
التصرف القانوني غير المسجل	١١٠١
السبب الصحيح شرط مستقل عن حسن النية ويقع عبء إثباته	١١٠٤
على الحائز	١١٠٤
٢+ - حسن النية	١١٠٥
تحديد معنى حسن النية :	١١٠٥
الحائز يعتقد أنه يتلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه	١١٠٥
الغلط في الواقع والغلط في القانون	١١٠٦
علم الحائز بعيوب سند المتصرف ينفي حسن النية :	١١٠٧
علم الحائز بأن سند المتصرف باطل أو قابل للإبطال أو قابل	١١٠٧
الفسخ	١١٠٧
علم الحائز بأن سند المتصرف معلق على شرط فاسخ أو على	١١٠٧
شرط واقف	١١٠٨
علم الحائز بعيوب السبب الصحيح لا ينفي حسن النية :	١١٠٨
كون السبب الصحيح صادراً من غير مائت يجب ألا يعلم به الحائز	١١٠٨
التصرف الذي لا وجود له كالتصرف الباطل والتصرف الفضي	١١٠٨
والتصرف المبرور يندم معه السبب الصحيح	١١٠٨
علم الحائز بالعيوب الأخرى لا ينفي حسن النية	١١٠٨

صفحة

- الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن النية : ... ١١٠٨
الوقت الذي يتلقى فيه الحائز الحق من غير صاحبه - وقت
تسجيل البيع ١١١٠
لا يشترك بقاء حسن النية بعد هذا الوقت ... ١١١١
لا يشترط بقاء حسن النية وقت الحيازة ... ١١١١
إثبات حسن النية : ... ١١١٢
حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس ... ١١١٣
لمالك الحقيقي أن يثبت سوء نية الحائز بجميع طرق الإثبات ١١١٣

المطلب الثاني - كسب ملكية المنقول - الحيازة في المنقول مستند

- الملكية ١١١٤
تملك المنقول بالحيازة أمر يقتضيه سرعة التعامل في المنقول
واستقراره ... ١١١٦
الأصل التاريخي لقاعدة تملك المنقول بالحيازة ... ١١١٦
القانون الروماني لا يعرف هذه القاعدة ... ١١١٧
القانون الفرنسي القديم في مهبوده الأولى متأثر بالتقاليد
الجرمانية وعرف هذه القاعدة ... ١١١٨
القانون الفرنسي القديم منذ القرن الثالث عشر بدأ يتأثر بالقانون
الروماني ولا يعمل بالقاعدة .. ١١١٨
رجع القانون الفرنسي القديم إلى التقاليد الجرمانية بعد خمسة
قرون أي في القرن الثامن عشر ... ١١١٩
حيازة المنقول لها دوران - طريق للإثبات وطريق لكسب الملكية
الدور الأول - حيازة المنقول طريق للإثبات : ... ١١٢١
التزاع بين حائز المنقول ومالكة الذي نقل حيازته ... ١١٢١
تمسك الحائز بالحيازة قرينة على أن الملكية انتقلت إليه
على مدعى الاستحقاق أن يثبت عدم توافر شروط الحيازة
ثم يثبت ملكيته ... ١١٢٢
الدور الثاني - حيازة المنقول سبب لكسب الملكية : ... ١١٢٥
التزاع بين حائز المنقول وغير المالك ... ١١٢٥
الحائز حسن النية ١١٢٥
المنقول غير مسروق وغير ضائع ... ١١٢٥
§ ١ - القاعدة العامة - الحيازة في المنقول مستند الملكية ١١٢٦
١ - لشروط الواجب توافرها لتطبيق القاعدة : ... ١١٢٦

- الشرط الأول - المنقول الذى تنطبق عليه القاعدة : ... ١١٢٦
- المنقول المادى يخضع للقاعدة ... ١١٢٦
- المقار بطيخته والمقار بالتخصيص لا يخضمان للقاعدة ١١٢٨
- الحقوق الشخصية لا تخضع للقاعدة ... ١١٢٩
- السند لحامله يخضع للقاعدة ... ١١٣٠
- الحقوق العينية على المنقول تخضع للقاعدة ... ١١٣١
- الشرط الثانى - الحيازة : ... ١١٣٣
- يجب أن تكون الحيازة حيازة حقيقية ... ١١٣٣
- و يجب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة ... ١١٣٤
- و يجب أن تكون الحيازة خالية من العيوب ... ١١٣٥
- الشرط الثالث - السبب الصحيح : ... ١١٣٥
- السبب الصحيح فى تملك المنقول المسمى المسمى شرط مستقل عن
- شرط حسن النية ١١٣٦
- السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة كالسبب الصحيح
- فى التقادم المكسب القصير فيما عدا أمرين ١١٣٧
- الأمران اللذان يختلف فيهما السبب الصحيح فى تملك المنقول
- بالحيازة عن السبب الصحيح فى التقادم المكسب القصير : ١١٣٨
- لا يسجل السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة
- السبب الصحيح يفترض وجوده فى تملك المنقول
- بالحيازة ... ١١٣٨
- الشرط الرابع - حسن النية : ... ١١٣٩
- معنى حسن النية هنا هو معناه فى التقادم المكسب القصير
- الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية هو وقت
- حيازة المنقول لا وقت تلقى الحق ... ١١٤٠
- حسن النية يفترض دائماً ما لم يعم الدليل على العكس ... ١١٤٢
- ب - الآثار التى تترتب على تطبيق القاعدة : ... ١١٤٣
- الآثار المكسب والآثار المسقط ... ١١٤٣
- الآثار المكسب : ... ١١٤٣
- تملك المنقول بالحيازة يحول دون دعوى الاستحقاق ... ١١٤٤
- تملك المنقول بالحيازة يحول دون دعوى الإبطال أو الفسخ
- تملك المنقول بالحيازة لا يحول دون الدعوى الشخصية
- الناتجة من عيوب السبب الصحيح ١١٤٤
- الأساس القانونى الذى يقوم عليه الآثار المكسب : ... ١١٤٥

صفحة

- ١١٤٥ نظرية التقادم الفورى .
- ١١٤٦ نظرية القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس
النظرية الصحيحة - الحيازة وحدها تكسب حائز
المنقول ملكيته بحكم القانون ١١٤٩
- الأثر المسقط : ١١٥١
- إسقاط التكاليف والقيود الميثية التى تنقل المنقول : ... ١١٥١
- إسقاط رهن الحيازة ١١٥١
- إسقاط حق الانتفاع ١١٥٢
- إسقاط الرهن الرسمى المثلل لعقار بالتخصيص أصبح
منقولا يفصله ١١٥٢
- إسقاط حق الامتياز ١١٥٢
- علم إسقاط شرط المنع من التصرف ١١٥٣
- الأساس القانونى الذى يقوم عليه الأثر المسقط : ... ١١٥٣
- الحيازة وحدها تسقط التكاليف والقيود بحكم القانون ١١٥٣

§ ٢ - المنقولات المسروقة أو الضائعة ١١٥٥

- من له حق استرداد المنقول المسروق أو الضائع : ١١٥٧
- صاحب المنقول المسروق - السرقة لا غيابة الأمانتولا للنصب ١١٥٨
- صاحب المنقول للضائع - معنى للضياع ١١٥٩
- الحائز للمنقول وصاحب حق الانتفاع فى المنقول والمرتهن
رهن حيازة والمودع عنده ١١٦٠
- استرداد المنقول المسروق أو الضائع من سرقة أو من عثر عليه ١١٦٠
- استرداد المنقول من السارق ١١٦٠
- لجسترداد المنقول من عثر عليه ١١٦١
- استرداد المنقول المسروق أو الضائع من تلفاء وهو سوء النية : ١١٦٢
- الحائز سوء النية ولم يملك المنقول بالتقادم المكسب للطويل
الحائز سوء النية وتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل -
الرجوع على السارق أو على من عثر على المنقول ١١٦٢
- استرداد المنقول المسروق أو الضائع من تلفاء وهو حسن النية : ١١٦٣
- مالك المنقول لم يرفع دعوى الاستحقاق فى خلال ثلاث سنوات
من وقت السرقة أو الضياع ١١٦٥
- مالك المنقول رفع دعوى الاستحقاق فى خلال ثلاث سنوات
من وقت السرقة أو الضياع ١١٦٦

- مَنْ يَمْوِزُ الْحَائِزَ حَسَنَ النِّيَّةِ أَنْ يَحْبِسَ الْمَنْقُولَ الْمَسْرُوقَ أَوْ الضَّائِعَ
 ١١٦٧ سَقَى يَسْتَوْفَى مِنَ الْمَالِكِ الثَّمَنَ الَّذِي دَفَعَهُ :
 الْحَائِزُ اشْتَرَى الْمَنْقُولَ الْمَسْرُوقَ أَوْ الضَّائِعَ فِي سَوْقٍ عُمُومِيَّةٍ
 ١١٦٧ أَوْ فِي مَزَادٍ عَلَنِيٍّ أَوْ اشْتَرَاهُ مِنْ يَتَجَرَّ فِي مِثْلِهِ
 وَجُوبُ أَنْ يَجْعَلَ الْمَالِكُ لِلْحَائِزِ الثَّمَنَ الَّذِي دَفَعَهُ هَذَا - سَقَى
 ١١٦٩ حَبَسَ الْحَائِزُ لِلْمَنْقُولِ حَتَّى يَسْتَوْفَى الثَّمَنَ
 الْمُرْتَهَنَ وَهُوَ حِيَازَةٌ لِلْمَنْقُولِ مَسْرُوقٍ أَوْ ضَائِعٍ
 ١١٧٠ وَجَعَلَ الْمَالِكُ بِالثَّمَنِ الَّذِي جَعَلَهُ لِلْحَائِزِ حَسَنَ النِّيَّةِ :
 ١١٧١ الرَّجُوعَ عَلَى السَّارِقِ أَوْ عَلَى مَنْ عَثَرَ عَلَى الْمَنْقُولِ أَوْ عَلَى حَائِزٍ
 ١١٧١ قَالَ ثَبِتَ فِي جَانِبِهِ خَطَأٌ
 سَارِقَ الْمَنْقُولِ يَبِيحُ لِلْحَائِزِ حَسَنَ النِّيَّةِ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يَطْلُبَ
 تَعْمِيلَ الثَّمَنِ وَيَبِيحُ هَذَا الْحَائِزُ اشْتَرَى حَسَنَ النِّيَّةِ لَيْسَ مِنْ حَقِّهِ
 ١١٧١ طَلَبَ تَعْمِيلَ الثَّمَنِ
 ١١٧٣ الْمَطْلَبُ الثَّلَاثُ - كَسْبُ مِلْكِيَّةِ الثَّمَارِ
 ١١٧٥ § ١ - تَمَلُّكُ الْحَائِزِ لِلثَّمَارِ
 ١١٧٥ الدَّعَاوَى الَّتِي يُمْكِنُ أَنْ يَطْلُبَ بِهَا الْمَالِكُ الْحَائِزَ يَرُدُّ الْعَيْنَ :
 ١١٧٥ دَعْوَى الْإِسْتِحْقَاقِ
 ١١٧٦ دَعْوَى اسْتِرْدَادِ مَا دَفَعَ دُونَ حَقِّ
 ١١٧٦ دَعْوَى إلْغَاءِ الْعَقْدِ بِأَثَرِ رَجْعِيٍّ
 الشُّرُوطُ الْوَاجِبَةُ إِذَا فُرِغَ حَقُّ يَتَمَلَّكُ الْحَائِزُ الثَّمَارَ فَلَا يَرُدُّهَا مَعَ
 ١١٧٧ الْعَيْنَ إِلَى الْمَالِكِ :
 ١١٧٧ قَبْضُ الْحَائِزِ لِلثَّمَارِ
 ١١٧٧ اشْتِرَاطُ حَسَنِ النِّيَّةِ وَهَدْمُ اشْتِرَاطِ السَّبَبِ الصَّحِيحِ
 ١١٧٧ اشْتِرَاطُ حَسَنِ النِّيَّةِ :
 حَسَنَ النِّيَّةِ هُنَا مَعْنَاهُ اعْتِقَادُ الْحَائِزِ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْعَيْنَ الَّتِي انْتَجَبَتْ
 ١١٧٨ الثَّمَارَ فَأَصْبَحَ مَالِكًا لِلثَّمَارِ
 لَا أَمِيَّةَ لِسَبَبٍ الَّذِي اعْتَقَدَ الْحَائِزُ أَنَّ مِلْكِيَّةَ الْعَيْنِ قَدْ انْتَجَبَتْ
 ١١٧٨ إِلَيْهِ بِمُوجِبِهِ
 ١١٧٩ الْغُلَطُ غَيْرُ الْمُنْتَظَرِ يَنْفَى حَسَنَ النِّيَّةِ
 ١١٧٩ تَوَافَرَ حَسَنَ النِّيَّةِ فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَقْبُضُ فِيهِ الْحَائِزُ الثَّمَارَ
 ١١٨٠ حَسَنَ النِّيَّةِ مَفْتَرَضٌ حَتَّى يَقُومَ الدَّلِيلُ عَلَى الْعَكْسِ
 ١١٨١ هَدْمُ اشْتِرَاطِ السَّبَبِ الصَّحِيحِ :
 ١١٨١ هَدْمُ اشْتِرَاطِ السَّبَبِ الصَّحِيحِ فِي التَّقْنِينِ الْمَدَنِيِّ الْمَصْرِيِّ

صفحة

- اشترط السبب الصحيح في التقنين المدني الفرنسي ولكنه
 لا يستقل من شرط حسن النية بل يتدمج فيه ١١٨٢
 فرقان بين التقنين المدني الفرنسي والتقنين المدني المصري .. ١١٨٢
 في القانون الفرنسي يستند الحائز إلى سند ناقل للملكية
 ولا يستند الحائز إليه في القانون المصري ١١٨٣
 في القانون الفرنسي يثبت الحائز التصرف الظني ولا يثبت
 الحائز هذا التصرف في القانون المصري ١١٨٣
 كيف يتملك الحائز الثمار : ... ١١٨٣
 الفرق بين الثمار والمتجات .. ١١٨٤
 ثلاثة أنواع للثمار : ... ١١٨٥
 ثمار طبيعية يتملكها الحائز بالفصل من الأرض والحيازة
 ثمار صناعية أو مستحدثة يتملكها الحائز بالفصل من
 الأرض والحيازة كما في الثمار الطبيعية ... ١١٨٥
 ثمار مدنية يتملكها الحائز يوماً فيوماً ولو لم تقبض فعلا
 الأساس القانوني لملك الحائز للثمار : ... ١١٨٦
 الحيازة وحدها هي سبب تملك الثمار بحكم القانون ... ١١٨٦
 ولكن لا يجوز اعتبار تملك الحائز للثمار تطبيقاً لقاعدة تملك
 المنقول بالحيازة : ... ١١٨٦
 لاعتبارات تختلف : استقرار التعامل في المنقول وترتيب
 حائز الثمار حياته على أنها ملكه ... ١١٨٦
 فطاق التطبيق يختلف : المنقول كشيء أصل والثمار قابلة
 لشيء الأصل - المجموع من المال ... ١١٨٧
 الشروط تختلف : السبب الصحيح - التعامل مع المالك أو
 مع غير المالك - متى يتوافر حسن النية ... ١١٨٨
 ٢ - عدم تملك الحائز للثمار ووجوب زدها للمالك ... ١١٨٨
 الحالة الأولى - الحائز سوء النية منذ البداية : ... ١١٨٩
 المالك يسترد من الحائز سوء النية ثمار المين .. ١١٨٩
 متى يمنع على المالك أن يسترد من الحائز سوء النية ثمار المين
 الحالة الثانية - الحائز حسن النية في أول الأمر ثم أصبح سوء
 النية بعد ذلك : ... ١١٩٠
 حسن النية يجب توافره في كل مرة يقبض فيها الحائز الثمار
 متى أصبح الحائز أو وارثه سوء النية فلا يكسب الثمار
 بالتبصر منذ أن أصبح سوء النية ... ١١٩٠

صفحة

- احالة المالك - الحائز باقى على حسن نيته ولكن المالك ربح
 عليه الدعوى : ١١٩١
- الحائز يقيم على حسن نيته بالرغم من رفع الدعوى عليه ... ١١٩٢
- الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى ١١٩٢
- الثمار التي يجوز ردها للمالك ١١٩٣
- يرد الحائز الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها ... ١١٩٣
- يسترد الحائز المصروفات التي أنفقتها في إنتاج هذه الثمار ... ١١٩٤
- كيف يسترد المالك الثمار من الحائز سوء النية : ١١٩٥
- يسترد المالك الثمار مع العين التي أنتجت الثمار ١١٩٥
- يسترد المالك الثمار مستقلة عن العين التي أنتجت ١١٩٥

القسم الثانى

المتفرعة عن الملكية

(حق الانتفاع وما يتفرع عنه — حق الارتفاق)

تہذیب

١١٩٩	حصص الحقوق المبنية الأصلية المتفرعة عن الملكية
١١٩٩	الباقى للبحث من هذه الحقوق :
١١٩٩	حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ...
١١٩٩	حق الارتفاق

الباب الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الفصل الأول

حق الانتفاع

تعمید

١٢٠٠	التعريف بحق الانتفاع
١٢٠١	خصائص حق الانتفاع :
١٢٠١	حق الانتفاع حق عيني .
١٢٠٣	حق الانتفاع ينتهي حتماً بموت المستفيد
١٢٠٥	حق الانتفاع يقع على شيء غير قابل للاستهلاك
١٢٠٦	الأشياء التي تصلح أن تكون محلاً لحق الانتفاع
						ما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني
١٢٠٨	السابق في خصوص حق الانتفاع
١٢٠٩						الأهمية المحدودة لحق الانتفاع في مصر وأهميته الكبيرة في فرنسا

غاية البحث : أسباب كسب حق الانتفاع - الآثار التي تترتب	
عن قيام حق الانتفاع - انتهاء حق الانتفاع	١٢١٠ ...
الفرع الأول - أسباب كسب حق الانتفاع	١٢١٠ ...
كسب حق الانتفاع ابتداء وكسبه انتقالا :	١٢١١ ...
حق الانتفاع لا يكسب بالوصية إلا ابتداء	١٢١٢ ...
حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا	١٢١٢ ...
المقدّمات ينشئ حق الانتفاع وطورا ينقته	١٢١٢ ...
التقادم تارة ينشئ حق الانتفاع وطورا ينقله	١٢١٢ ...
أسباب أربعة لكسب حق الانتفاع	١٢١٣ ...
السبب الأول - المقدم	١٢١٣ ...
الحالة الأولى - كسب حق الانتفاع بطريق الإنشاء	١٢١٣ ...
الحالة الثانية - كسب حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا	
الحق	١٢١٥ ...
الحالة الثالثة - كسب حق الانتفاع بطريق نقل هذا الحق	١٢١٥ ...
السبب الثان - الوصية	١٢١٦ ...
تسريان أحكام الوصية	١٢١٦ ...
الإيصاء لأشخاص متعاقبين	١٢١٧ ...
السبب الثالث - الشفعة	١٢١٩ ...
شفعة ملك الرقعة	١٢١٩ ...
شفعة الشريك في الشيوع	١٢١٩ ...
السبب الرابع - التقادم	١٢٢٠ ...
التقادم المكسب القصير	١٢٢٠ ...
الحيازة	١٢٢٠ ...
التقادم المكسب الطويل	١٢٢٠ ...
مطالبة المنتفع بحق الانتفاع بمالكه	١٢٢١ ...
الدعوى العينية	١٢٢١ ...
الدعوى الشخصية	١٢٢١ ...
الفرع الثاني - الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع	١٢٢٢ ...
المبحث الأول - آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع	١٢٢٢ ...
المطلب الأول - حقوق المنتفع	١٢٢٣ ...
١ § - حق المنتفع في استعمال الشيء واستغلاله	١٢٢٢ ...
حق المنتفع في استعمال الشيء	١٢٢٤ ...
حق المنتفع في استغلال الشيء	١٢٢٥ ...

صفحة

٢١٢٦	حق المتفع فى الاستقلال يجرى له الحق فى الثمار ..
١٢٣٠	استراض بعض حالات عملية لىق المتفع فى الاستقلال :
١٢٣١	حق الانتفاع بقطيع من المواشى ..
١٢٣٣	حق الانتفاع بمقار مثر فيه على كتر ..
١٢٣٣	حق الانتفاع بالمتجر ..
١٢٣٥	حق الانتفاع بالأسهم والخصص والسندات ..
١٢٣٦	٢٥ - مدى ساطقة المتفع على الشىء المتفع به ..
١٢٣٧	- أعمال الإدارة :
١٢٣٧	الإيجار ..
١٢٣٨	بيع المحصول ..
١٢٣٨	استيفاء الحقوق ..
١٢٣٩	حضور جلسات الجمعية العامة للشركات ..
١٢٤٠	ب - أعمال التصرف :
١٢٤٠	القاعدة العامة - التصرف فى حق الانتفاع دون الرقة ..
١٢٤٠	نزول المتفع عن حق الانتفاع للغير ..
١٢٤١	رهن المتفع لىق الانتفاع ..
١٢٤٢	ترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع ..
١٢٤٣	عدم جواز تصرف المتفع فى الرقة ..
١٢٤٣	ج - مباشرة الدعاوى :
١٢٤٣	الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه ..
١٢٤٤	الدعاوى المتعلقة بالحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع ..
١٢٤٥	المطلب الثانى - التزامات المتفع ..
	١٥ - استعمال الشىء والانتفاع به بحسب ما أعد له
١٢٤٦	وإدارته إدارة حسنة ..
١٢٤٨	مضون الالتزام ..
١٢٤٨	جزاء الإخلال بالالتزام ..
	٢٥ - صيانة الشىء والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف
١٢٤٩	المعتادة ..
١٢٥٠	التكاليف المعتادة ..
١٢٥١	التكاليف غير المعتادة ..
١٢٥٢	٣٥ - حفظ الشىء والمسئولية عن هلاكه ..

- مدى مسئولية المستفيع عن حفظ اشيء... ١٢٥٤ ...
 أشئلة من أعمال الحفظ اللى يجب على المستفيع القيام بها... ١٢٥٥ ...
 القيود الواردة على مسئولية المستفيع عن حفظ اشيء... ١٢٥٦ ...
 ٤٩ — جرد المنقول وتقديم كفالة به... ١٢٥٦ ...
 الاختصار فى هذا الالتزام على المنقول دون العقار... ١٢٥٧ ...
 تحرير محضر جرد بالمنقول... ١٢٥٨ ...
 تقديم الكفالة بالمنقول... ١٢٥٩ ...
 الانتفاع بالأشياء القابلة للاستهلاك والانتفاع بقطيع من المرائى ١٢٦٠

المبحث الثانى — آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى مالك الرقبة ١٢٦١ ...

- ١٩ — حقوق مالك الرقبة... ١٢٦١ ...
 حق التصرف فى الرقبة... ١٢٦١ ...
 الحق فى الحصول على ما تنتجه العين إذا لم يكن ثماراً... ١٢٦٢ ...
 حق مباشرة الدعاوى اللى تتعلق بالرقبة... ١٢٦٢ ...
 ٢٩ — علاقة مالك الرقبة بالمنافع... ١٢٦٣ ...
 وجود التزامات شخصية فى ذمة المستفيع نحو مالك الرقبة... ١٢٦٣ ...
 لا توجد التزامات شخصية فى ذمة مالك الرقبة نحو المستفيع... ١٢٦٣ ...
 لا يجوز لمالك الرقبة أن يتسبب فى تعطيل أو فى إنقاص حق المستفيع... ١٢٦٤ ...
 حق مالك الرقبة استثناء فى تعطيل أو إنقاص حق المستفيع للمحافظة...
 على العين .. ١٢٦٤ ...

الفرع الثالث — انتهاء حق الانتفاع... ١٢٦٥ ...

- المبحث الأول — الأسباب اللى ينتهى بها حق الانتفاع... ١٢٦٥ ...
 انتهاء حق الانتفاع بانقضاء الأجل وبموت المستفيع... ١٢٦٦ ...
 انتهاء حق الانتفاع بهلاك اشيء... ١٢٦٧ ...
 انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال... ١٢٦٩ ...
 انتهاء حق الانتفاع بتملكه بالتقادم المكسب... ١٢٦٩ ...
 انتهاء حق الانتفاع بالنزول عنه... ١٢٧٠ ...
 انتهاء حق الانتفاع باتحاد النمة... ١٢٧١ ...

المبحث الثانى — ما يترتب على انتهاء حق الانتفاع... ١٢٧٢ ...

- رد اشيء المستفيع به إلى المالك... ١٢٧٢ ...
 المبالغ اللى يتردها المستفيع من المالك عند نهاية حق الانتفاع... ١٢٧٢ ...
 ما يحدثه المستفيع من بناء أو غراس... ١٢٧٣ ...

الفصل الثاني

حق الاستعمال وحق السكنى

١٢٧٥	التعريف بحق الاستعمال وبحق السكنى
١٢٧٦	أحكام خاصة بحق الاستعمال وحق السكنى
١٢٧٧	حكم خاص بحق السكنى ..
١٢٧٨	الأحكام المشتركة بين حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الباب الثاني

حق الارتفاق

تمهيد

١٢٧٩	التعريف بحق الارتفاق - عناصره الثلاثة :
١٢٨٠	عقار مرتفق ..
١٢٨٠	عقار مرتفق به
١٢٨١	فائدة تحد من منفعة العقار المرتفق به لخدمة العقار المرتفق...
١٢٨٣	خصائص حق الارتفاق :
١٢٨٣	حق الارتفاق حق تابع
١٢٨٤	حق الارتفاق حق دائم
١٢٨٥	حق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة ..
١٢٨٥	الأشياء التي تصلح أن تكون محلا للارتفاق :
١٢٨٥	عقار بطبيعته ..
١٢٨٦	الأرض والمنشآت
١٢٨٧	جواز ترتيب حق الارتفاق على المال العام :
					ترتيب حق الارتفاق يتعارض مع المنفعة العامة التي خصص
١٢٨٨	لها المال
					ترتيب حق الارتفاق لا يتعارض مع المنفعة العامة التي
١٢٨٩	خصص لها المال
١٢٨٩	تكييف حق الارتفاق على المال العام في فرنسا
١٢٩٠	تكييف هذا الحق في مصر - حق ارتفاق إدارى
١٢٩١	نقبات حق الارتفاق :
١٢٩١	الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر

صفحة

١٢٩٤	الارتفاق اظاهر والارتفاق غير اظاهر
١٢٩٥	الارتفاق الإيجابي والارتفاق السلبي
				استبعاد انقيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق
١٢٩٦	الارتفاق :
				نتيجتان هامتان : عدم ضمان هذه القيود - لا تروى هذه
١٢٩٦	القيود بعدم الاستعمال .
١٢٩٧	انقسام الفقه في فرنسا وفي مصر
				ما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني
١٢٩٩	السابق في خصوص حق الارتفاق :
				التمييز بين حقوق الارتفاق والقيود القانونية التي ترد على
١٢٩٩	حق الملكية
١٢٩٩	إكمال أسباب كسب حق الارتفاق - تخصيص المالك الأصل
١٢٩٩	كسب حق الارتفاق غير المستمر بالتقادم - حق المرور
				حسم الخلاف في طبيعة القيود التي تفرضها عادة شركات
١٢٩٩	الأراضي على المشترين
				تعديل حق الارتفاق أو نقله أو زواله إذا كان ذلك يدفع
١٢٩٩	الضرر عن المقار المرتفق به .
				إنهاء حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء أو إذا لم يعد
١٣٠٠	للارتفاق المنفعة التي كانت له .
				حطاً بحث : أسباب كسب حق الارتفاق - الآثار التي تترتب
١٣٠٠	على قيامه - انتهاؤه

الفصل الأول

أسباب كسب حق الارتفاق

١٣٠١	كسب حق الارتفاق انتقالاتاً
١٣٠٢	كسب حق الارتفاق ابتداءً :
١٣٠٢	التصرف القانوني - تخصيص المالك الأصل - التقادم المكسب
١٣٠٣	المبحث الأول - التصرف القانوني
١٣٠٣	المطلب الأول - أنواع التصرف القانوني الذي ينشأ حق الارتفاق
١٣٠٣	المقدّم والوصية
١٣٠٥	الأحكام الشكلية للتصرف القانوني
١٣٠٥	الأحكام الموضوعية للتصرف القانوني
١٣٠٩	التسجيل

المطلب الثاني - الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في

- إنشاء حق الاتفاق ١٣١٠
- تطبيق القواعد العامة ١٣١٠
- تحويل القيود القانونية الواردة على حق الملكية إلى حقوق
- ارتفاع إرادية ١٣١١
- اختيار أعمال أخرى غير داخلة في القيود القانونية الواردة على
- حق الملكية محلاً لحقوق ارتفاع إرادية ١٣١٥
- تيدان أساسيان يحدان من قوة التصرف القانوني في إنشاء حق
- الارتفاع ١٣١٧
- التيد الأول - حق الارتفاع يتقرر على عقار لا على شخص
- ١٣١٨
- التيد الثاني - حق الارتفاع ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص
- ١٣٢١
- تطبيقات مختلفة ١٣٢٢
- تطبيق خاص لحق منشأ لفائدة عقار - قيود البناء ١٣٢٥

المبحث الثاني - تخصيص المالك الأصلي

- ١٣٢٢ كيف يترتب حق الارتفاع بتخصيص المالك الأصلي وعلى أي
- أساس يقوم ١٣٢٤
- الشروط الواجب توافرها لترتيب الارتفاع بتخصيص المالك
- الأصل ١٣٢٧
- ١§ - وجود عقارين مملوكتين للمالك واحد ١٣٢٧
- عقاران منفصلان للمالك واحد ١٣٢٧
- جزءان من عقار واحد ١٣٢٨
- ٢§ - جعل هذا المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل
- العقار الآخر ١٣٢٨
- جعل أحد العقارين في وضع يخدم فيه بالفعل العقار الآخر ١٣٢٨
- المالك الأصلي للعقارين هو الذي أنشأ الوضع بالفعل القائم ١٣٤٠
- ٣§ - وضع علامة ظاهرة تكشف عن الوضع الثعلى
- ١٣٤١
- الارتفاع الظاهر وحده هو الذي يكسب بتخصيص المالك الأصلي
- وجوب بقاء العلامة الظاهرة إلى وقت أن يملك العقارين مانكاً
- مختلفان ١٣٤٢
- يكفى أن يكون الارتفاع ظاهراً ولا يشترط أن يكون مستمراً
- ١٣٤٢
- الارتفاع السابق لا يكسب بتخصيص المالك الأصلي ١٣٤٣

مقدمة

- ٤ - صيرورة العقارين مملوكين للمالكين مختلفين ... ١٣٤٤
- كيف يصير العقاران مملوكين للمالكين مختلفين ... ١٣٤٤
- عدم نشوء حق الارتفاق عند وجود شرط صريح يقضى بعدم نشوئه ... ١٣٤٥
- المبحث الثالث - انتقادم المكسب ... ١٣٤٧
- ١ - حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم ... ١٣٤٧
- وجوب أن يكون حق الارتفاق ظاهراً حتى يجوز كسبه بالتقادم ١٣٤٧
- حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم ... ١٣٤٨
- حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم ... ١٣٤٩
- حق الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضاً كسبه بالتقادم ... ١٣٥٠
- طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر يجوز كسبه بالتقادم ... ١٣٥٢
- ٢ - حيازة حق الارتفاق التي تؤدي إلى كسبه بالتقادم ١٣٥٣
- الحيازة في حق الارتفاق كالحيازة في الملكية ... ١٣٥٣
- أعمال التمتع في حيازة حق الارتفاق لا تؤدي إلى كسبه بالتقادم ١٣٥٥
- إتيان الرخصة من المباحات لا تؤدي إلى كسب حق ارتفاق بالتقادم ١٣٥٦
- ٣ - مدة التقادم ... ١٣٥٧
- مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي ... ١٣٥٨
- مدة التقادم في التقنين المدني المصري ... ١٣٦٠

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على قيام حق الارتفاق

- المبحث الأول - الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق ... ١٣٦٢
- ١ - تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق ... ١٣٦٢
- تحديد مدى حق الارتفاق ... ١٣٦٢
- تجزئة العقار المرتفق ... ١٣٦٥
- تجزئة العقار المرتفق به ... ١٣٦٨
- استعمال حق الارتفاق ... ١٣٦٩
- مجاورة مالك العقار المرتفق حدود حق الارتفاق ... ١٣٧١
- إساءة مالك العقار المرتفق استعمال حق الارتفاق ... ١٣٧٢
- نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والحفاظة عليه ... ١٣٧٤

صفحة

١٣٧٧	٢ § - اندساوى الخوة لملك العقار المرتفق
١٣٧٧	دعوى الإفراز بحق الارتفاق
١٣٧٨	دعوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق فى القانون الفرنسى
١٣٧٨	دعوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق فى القانون المصرى
١٣٧٩	المبحث الثانى - الآثار بالنسبة إلى ملك العقار المرتفق به
١٣٧٩	١ § - واجبات مالك العقار المرتفق به
١٣٨١	واجبات سنوية محضة
			امتناع مالك العقار المرتفق به عن أى عمل يعوق استعمال حق
١٣٨٢	الارتفاق ..
١٣٨٢	الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الواجب
١٣٨٤	إمكان تغيير الموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق
١٣٨٧	٢ § - الدساوى الخوة لملك العقار المرتفق به
١٣٨٧	دعوى إنكار حق الارتفاق
١٣٨٨	دعوى الحيازة

الفصل الثالث

أسباب انتهاء حق الارتفاق

١٣٨٩	بيان هذه الأسباب :
١٣٩٠	انقضاء الأجل .
١٣٩١	هلاك أحد العقارين
١٣٩٢	اتحاد الذمة
١٣٩٤	عدم الاستعمال أو التقادم المستقط
١٣٩٩	استحالة استعمال حق الارتفاق
١٤٠٢	انعدام الفائدة من حق الارتفاق
١٤٠٣	تحقق الشرط الفاسخ وفسخ ملكية صاحب العقار المرتفق به
١٤٠٤	نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه

ما ظهر من اجزاء الوسيط

وما هو تحت الإعداد

الأجزاء التي ظهرت

- للجزء الأول - في مصادر الالتزام (الطبعة الأولى) سنة ١٩٥٢
 ١ (الطبعة الثانية) ١٩٦٤
- للجزء الثاني - في الإثبات وآثار الالتزام سنة ١٩٥٦
- للجزء الثالث - في أوصاف الالتزام وحالاته وانقضائه سنة ١٩٥٨
- للجزء الرابع - في البيع والمقايضة سنة ١٩٦٠
- للجزء الخامس - في العقود الأخرى الواردة على الملكية سنة ١٩٦٢
 (الهبة والشركة والقروض والدخل الدائم والصلح)
- للجزء السادس - (مجلدان) في العقود الواردة على المنفعة (الإيجار
 والعارية) سنة ١٩٦٣
- للجزء السابع - (مجلدان) المجلد الأول في العقود الواردة على
 العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)
 المجلد الثاني في عقود الغرر (عقد التأمين
 والمقامرة والرهن والمرتب مدى الحياة) سنة ١٩٦٤
- للجزء الثامن - في حق الملكية (مع شرح مفصل للأشياء
 والأموال) سنة ١٩٦٧
- للجزء التاسع - في أسباب كسب الملكية - الحقوق الأصلية
 المنفردة عن الملكية (حق الانتفاع وحق
 الارتفاق) سنة ١٩٦٨

ما هو تحت الإعداد .

- للجزء العاشر - في التأمينات الشخصية والعبدة (الكفالة والرهن
 الرسمي وحق الاختصاص ورهن الحيازة
 وحق الامتياز)

الوجيز

ما ظهر

الجزء الأول — في نظرية الالتزام بوجه عام (ويشتمل على
الأجزاء الأول والثاني والثالث من الوسيط) سنة ١٩٦٦

• • •

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثاني — في العقود المسماة
(ويشتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس
من الوسيط) .

الجزء الثالث — في الحقوق العينية والتأمينات
(ويشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من
الوسيط) .

للمؤلف

(أولا) كتب

- ١ - القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - المعيار المرن والقاعدة الجامدة (بالفرنسية)
سنة ١٩٢٥
- ٢ - الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (بالفرنسية)
سنة ١٩٢٦
- ٣ - عقد الإيجار
سنة ١٩٣٠
- ٤ - نظرية العقد
سنة ١٩٣٤
- ٥ - الموجز في النظرية العامة للالتزامات
سنة ١٩٣٨
- ٦ - أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت)
سنة ١٩٣٨
- ٧ - التصرف القانوني والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه)
سنة ١٩٥٤
- ٨ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي (مقارنة بالفقه الغربي)
للجزء الأول - مقدمة - صيغة العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٤
الجزء الثاني - مجلس العقد وصحة التراضي (الغلط والتدليس والإكراه والغبن في الفقه الإسلامي)
سنة ١٩٥٥
- الجزء الثالث - محل العقد في الفقه الإسلامي
سنة ١٩٥٦
- الجزء الرابع - نظرية السبب ونظرية البطلان في الفقه الإسلامي
سنة ١٩٥٧
- الجزء الخامس - آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه الإسلامي (الخلف العام والخلف الخاص والدعوى البولصية والإعسار والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي)
سنة ١٩٥٨

الجزء السادس - آثار العقد بالنسبة إلى الموضع في الفقه
الإسلامي (تفسير العقد وتنميته وفسخ
العقد للعدر أو لحوادث طارئة والمسئولية
العقدية والنسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة

في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٩

٩ - الوسيط في شرح القانون المدني (ظهرت منه تسعة أجزاء
انظر آنفاً) سنة ١٩٥٢ - سنة ١٩٦٨

١٠ - الوجيز في شرح القانون المدني (ظهر منه الجزء الأول -
انظر آنفاً) سنة ١٩٦٦

(ثانياً) بحوث ومقالات

١ - الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصري (بحث بالفرنسية أدرج
في مجموعة لامبر) .

٢ - المعيار في القانون (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة جني) .

٣ - المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمي بهجت بدوي -
مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٤ - المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى
مؤتمر القانون المقارن بلاهاي سنة ١٩٣٧) .

٥ - الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاي (مقال بالفرنسية
نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .

٦ - الامتيازات الأجنبية (بحث نشر في سنة ١٩٣٠) .

٧ - تنقيح القانون المدني (بحث نشر في الكتاب الذهبي للمحاكم الوطنية
وفي مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٨ - من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي (مقال نشر في
مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .

- ٩ - عقد البيع في مشروع القانون المدني العراقي (نشر في بغداد سنة ١٩٣٦)
- ١٠ - مقارنة المجلة بالقانون المدني (بحوث القيث في كاية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .
- ١١ - المناويزات في المسألة المصرية (بحث نشر في سنة ١٩٤٧) .
- ١٢ - الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر في مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .

الجزء السادس - آثار العقد بالنسبة إلى الموضح في الفقه
الإسلامي (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ
العقد للعذر أو لحوادث طارئة والمسئولية
العقدية والنسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة

في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٩

٩ - الوسيط في شرح القانون المدني (ظهرت منه تسعة أجزاء
انظر آنفاً) سنة ١٩٥٢ - ١٩٦٨

١٠ - الوجيز في شرح القانون المدني (ظهر منه الجزء الأول -
انظر آنفاً) سنة ١٩٦٦

(ثانياً) بحوث ومقالات

١ - الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصري (بحث بالفرنسية أدرج
في مجموعة لامبر) .

٢ - المعيار في القانون (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة جني) .

٣ - المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمي بهجت بدرى -
مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٤ - المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى
مؤتمر القانون المقارن بلاهاي سنة ١٩٣٧) .

٥ - الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاي (مقال بالفرنسية
نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .

٦ - الامتيازات الأجنبية (بحث نشر في سنة ١٩٣٠) .

٧ - تنقيح القانون المدني (بحث نشر في الكتاب الذهبي للمحاكم الوطنية
وفي مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٨ - من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي (مقال نشر في
مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .

- ٩ - عقد البيع في مشروع القانون المدني العراقي (نشر في بغداد سنة ١٩٣٦)
- ١٠ - مقارنة المجلة بالقانون المدني (بحوث القيم في كاية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .
- ١١ - المفاوضات في المسألة المصرية (بحث نشر في سنة ١٩٤٧) .
- ١٢ - الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر في مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .